

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE HISTORIQUE ET CRITIQUE

SUR L'OBJET DU

DROIT DE PRÉFÉRENCE

DANS L'HYPOTHÈQUE

PAR

Étienne CARDAIRE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE MONTPELLIER
(1893-1894-1895)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 19 avril 1898 à une heure

Président : M. ESMEIN, professeur

Suffragants : { MM. GIRARD
SALEILLES

PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison **L. LAROSE ET FORCEL**

22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE DIRECTEUR DE LA LIBRAIRIE

1898



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552015_0024

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

ÉTUDE HISTORIQUE ET CRITIQUE
SUR L'OBJET DU
DROIT DE PRÉFÉRENCE
DANS L'HYPOTHÈQUE

PAR

Étienne CARDAIRE

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE MONTPELLIER
(1893-1894-1895)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 19 avril 1898 à une heure

Président : M. ESMEIN, professeur

Suffragants : { MM. GIRARD
SALEILLES



PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS ET DES ARRÊTS
ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison **L. LAROSE ET FORCEL**
22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE DIRECTEUR DE LA LIBRAIRIE

1898

A MON PÈRE

A MA MÈRE

PRÉFACE

Le problème juridique le plus débattu à notre époque est assurément celui du régime hypothécaire. Depuis plus d'un demi siècle les esprits les plus éminents de notre pays s'occupent de résoudre les difficultés si nombreuses et si variées qui lui sont relatives ; mais les obstacles se renouvellent sans cesse, et, après tant d'efforts, il est impossible de prévoir le jour où la réforme projetée pourra aboutir.

On s'est surtout préoccupé dans ces études de ce que devait être dans l'avenir le crédit hypothécaire, et tous les systèmes jusqu'aux plus bizarres ont été longuement discutés.

Mais, négligence bien étrange, tandis que l'on a réglé dans tous ses détails le fonctionnement de la sûreté réelle, peu de jurisconsultes se sont appliqués à rechercher la nature de la base première de tout l'édifice ; presque personne n'a disputé sur la notion traditionnelle de l'hypothèque. Cependant, quelque

arides que soient les idées théoriques, il est impossible de les négliger ; on doit même les analyser avec le plus grand soin, parce qu'elles ont des répercussions lointaines, parfois insaisissables dans les solutions de la pratique ; et de même qu'un léger mouvement du levier d'un aiguilleur suffit pour lancer un convoi dans deux directions opposées, ainsi, la moindre variation dans la compréhension d'une idée juridique fondamentale fait produire à tout le système des effets bien différents.

Nous n'avons pas l'intention d'émettre sur la notion hypothécaire des idées révolutionnaires ; bien au contraire, nous voudrions rechercher si, dans le cours des siècles, il ne s'est pas produit, sous l'influence de nécessités passagères, une de ces légères variations de l'idée mère dont les conséquences sont impossibles à prévoir.

C'est en étudiant le développement historique des institutions, que l'on parvient à rétablir leur véritable caractère. La notion première, le point de départ sont toujours très justes, puis ils se compliquent et se mêlent à des idées étrangères que les praticiens confondent, si bien qu'au bout de plusieurs siècles, l'idée simple s'est transformée en un système complexe dont les conséquences, souvent peu équitables, doivent être ramenées à la justice par de subtils détours.

Quelquefois aussi des siècles de barbarie ont succédé à des périodes de brillante civilisation, les progrès du droit ont subi des arrêts, et lorsque des époques plus calmes ont voulu reprendre le travail interrompu, elles ont mal compris la marche des institutions et les ont fait dévier.

La notion de l'hypothèque a, selon nous, subi des variations qui n'ont pas été suffisamment analysées.

Le Code civil a recueilli sur ce point les idées en cours dans l'ancien droit, et on a peut-être le tort aujourd'hui de croire que nos vieux jurisconsultes avaient sur l'hypothèque des principes arrêtés.

Le législateur de 1804 lui-même n'a pas pris un parti bien net à ce sujet, et il est imprudent de regarder comme intangible l'idée qu'il nous a transmise.

Il suffit du reste d'analyser très brièvement les dispositions du Code, et de comparer l'hypothèque au type des droits réels dont elle fait partie, pour voir quelles difficultés on trouve à concilier les solutions données par la théorie à celles que l'on est obligé d'admettre en pratique.

Notre droit moderne enseigne que l'hypothèque est un droit réel, et qu'en cette qualité, elle arme son titulaire d'un droit de suite et d'un droit de préférence qui lui permettent de réclamer de tous, et par

préférence à ceux qui ne peuvent invoquer un titre meilleur, le respect de ses prérogatives.

Tous les auteurs sont d'accord sur ces effets essentiels du droit réel : Pour prendre en exemple la propriété qui est le prototype de ces droits, nous dirons que le propriétaire a le pouvoir, en vertu du droit de suite, de réclamer son bien à quiconque le détiendrait, ce qu'on exprime en disant « qu'il suit sa chose en toutes mains » ; et, en vertu de son droit de préférence, il doit l'obtenir à l'exclusion de quiconque formulerait une réclamation semblable à la sienne.

On voit par cet exemple, que, dans la propriété, le droit de suite et le droit de préférence ont le même objet : *la chose réclamée*, et ces deux éléments ne diffèrent qu'en ceci : le premier s'oppose à des détenteurs et le second à ceux qui prétendraient aux droits réservés au propriétaire. Remarquons en outre que l'existence de ces deux droits est intimement liée à celle de la propriété et qu'ils disparaissent tous deux avec elle.

A ces points de vue l'hypothèque s'éloigne très sensiblement du modèle des droits réels. Elle possède bien un droit de suite et un droit de préférence, mais ils présentent des caractères tout particuliers.

D'abord ils n'ont pas le même objet. Tandis que le créancier hypothécaire exerçant son droit de suite

réclame à un tiers détenteur une mainmise, un droit de saisie sur l'immeuble hypothéqué ; il demande, lorsqu'il invoque le droit de préférence, la propriété de tout ou partie du prix qu'a produit la vente du gage hypothécaire.

De plus, les droits de suite et de préférence dans l'hypothèque sont indépendants l'un de l'autre, et les cas d'existence du droit de préférence sans droit de suite ou de survie de l'un à l'autre sont devenus des lieux communs de discussion juridique.

En résumé, le droit de suite et le droit de préférence ne se distinguent pas seulement ici par les personnes à qui on les oppose. Ils n'ont ni le même objet, ni les mêmes conditions d'existence ; en sorte que la première idée qui se présente à l'esprit est de les considérer comme deux droits absolument distincts, et que l'on comprend difficilement qu'ils puissent être les éléments d'un droit unique, l'hypothèque, comme ils sont les éléments de la propriété.

Ces considérations nous ont amené à rechercher si l'hypothèque ne serait pas en effet un droit composé qui comprendrait des prérogatives sur la chose et des avantages sur le prix, qui ne découleraient pas de la même source.

Or, nous croyons qu'il en est ainsi. Nous avons appris depuis peu d'années, grâce aux études nou-

velles que l'on a faites sur l'ancien droit romain, que le but primitif de l'hypothèque était de donner au créancier la possession de la chose engagée ; et que plus tard seulement on est arrivé à lui accorder par des voies détournées un droit sur le prix. Nous espérons démontrer que ces deux droits ont été parfaitement distincts l'un de l'autre, et qu'on ne les a confondus dans les effets d'un droit unique, le droit réel d'hypothèque, que par une série de déviations que nous essayerons de dégager.

Nous ne nous dissimulons pas l'ingratitude de notre tâche. Il est malaisé de refaire l'histoire d'une institution, et d'indiquer avec quelque certitude les raisons qui ont déterminé les jurisconsultes des siècles successifs à la considérer sous des jours différents. Néanmoins, nous nous efforcerons de ne pas faire d'hypothèse gratuite, et de ne rien dire qui ne repose sur quelque fondement sérieux, bien qu'à notre connaissance, le sujet que nous nous proposons n'ait jamais été étudié dans son ensemble.

On pourrait également nous reprocher de faire une étude dénuée de tout intérêt pratique ; car, en définitive, que le prix du bien hypothéqué soit attribué aux créanciers, en vertu d'un effet direct ou indirect de l'hypothèque, le résultat est le même ; et nul ne peut songer à priver les créanciers de leurs

prérogatives sur le prix, ou même à troubler l'ordre de collocation basé sur l'antériorité ou la faveur de la loi, dont les avantages ont été éprouvés par de longs siècles d'expérience.

En effet, jusqu'à ces derniers temps la question théorique que nous nous proposons ne présentait dans la pratique aucune conséquence intéressante, et c'est peut-être pour cela qu'elle n'a pas éveillé l'attention des jurisconsultes. Mais depuis quelques années, une institution presque inconnue de nos devanciers, l'assurance, a fait de tels progrès et a reçu des applications si nombreuses et si diverses, qu'il s'est présenté des cas où les créanciers hypothécaires ont demandé à être colloqués sur les indemnités relatives aux immeubles qu'on leur avait engagés. Malgré les raisons d'équité qui militaient en leur faveur, la jurisprudence et la majorité de la doctrine leur ont refusé tout privilège à cet égard, en alléguant que la notion de l'hypothèque ne permettait pas de considérer ces indemnités comme rentrant dans l'objet de leur droit de préférence ; et il a fallu la loi du 19 février 1889, pour réparer, bien imparfaitement d'ailleurs, les injustices que produisait cette décision.

Nous ne prétendons pas que les jurisconsultes contemporains aient eu tort ; mais au contraire,

nous voulons établir historiquement que non seulement les indemnités d'assurances ou autres ne font pas partie de l'objet du droit de préférence, mais que le prix lui-même ne devrait pas y entrer.

Tout le monde reconnaît la nécessité d'accorder aux créanciers hypothécaires une collocation privilégiée sur ces éléments spéciaux du patrimoine de leurs débiteurs ; et nous avons deux moyens d'arriver à ce but.

Le premier consisterait à dévier à nouveau le droit de préférence hypothécaire et à le faire porter sur les diverses indemnités auxquelles prétendent les créanciers.

Le second, qui nous paraît plus logique, rendrait au droit de préférence son objet primitif ; et les créanciers seraient colloqués sur le prix et sur les indemnités relatives à l'immeuble en vertu d'un droit spécial, qu'il faudrait déterminer.

Ces deux solutions arriveraient à un résultat pratique plus logique et plus équitable que l'état actuel ; et cela suffit, à notre avis, à justifier au point de vue utilitaire le travail que nous allons entreprendre.

Enfin il est une critique que nous nous efforçons de ne pas mériter ; c'est celle de ne pas traiter toutes les questions connexes à notre sujet, ou de

parler quelquefois de notions qui lui paraissent étrangères.

Mais il est utile de faire remarquer qu'une étude historique sur l'évolution d'un point de droit très spécial présente un danger bien difficile à éviter. Comme l'on fait de continuelles allusions à des questions importantes, il est nécessaire, d'une part de donner sur elles quelques notions afin de rendre notre travail compréhensible à ceux pour qui ces études ne sont pas tout à fait familières; et, d'un autre côté, nous ne pourrions insister trop longtemps sur toutes les difficultés que nous rencontrerons sans nuire à la netteté de notre démonstration et sans dépasser les limites relativement restreintes qu'il nous faut assigner à ce travail. Si quelqu'un pensait que nous nous sommes laissés entraîner dans un sens ou dans l'autre, nous lui demandons son indulgence en raison de la difficulté de composition que présente notre sujet à cet égard.

Nous avons hésité sur le plan à adopter. Il nous a paru nécessaire de mettre en lumière la principale variation qui s'est produite dans la notion de l'hypothèque : le changement d'objet du droit de préférence.

Notre thèse se résume à l'étude de ces trois questions :

1° Le prix a-t-il toujours été l'objet du droit de préférence ;

2° Comment l'est-il devenu ;

3° N'y a-t-il pas de grands inconvénients à ce que le prix forme l'objet du droit de préférence, et quels remèdes pourrait-on y apporter ?

Par une heureuse coïncidence, les réponses à ces différentes questions correspondent aux développements de la notion hypothécaire à trois époques différentes de l'histoire qui forment trois grandes étapes de l'humanité, et c'est là une division toute naturelle pour notre sujet.

PREMIÈRE PARTIE

Evolution de l'objet du droit de préférence dans l'hypothèque romaine.

CHAPITRE PREMIER

LES ORIGINES

SECTION I

Développement des sûretés réelles.

Les Romains, comme tous les peuples primitifs, ne connaissaient pas de nombreuses formes de droit. Ils appliquaient toujours les mêmes aux différents rapports qui peuvent naître entre les hommes. Ils abusèrent surtout du droit le plus énergique, la propriété, et dans la Rome antique, presque tous les droits s'acquéraient par une *cessio in jure* ou une *mancipatio*.

§ I. — Premiers modes de garantie.

Naturellement, le crédit qui suppose entre les membres d'une société un certain degré de confiance, y était

inconnu, et celui qui avait besoin d'argent n'avait d'autre ressource que de vendre son bien s'il ne trouvait pas de caution. Mais de très bonne heure sans doute, le vendeur nécessaire demanda comme un service de lui permettre le rachat de son bien, et les mœurs, qui sont la source des coutumes et des lois, flétrirent sévèrement l'acheteur indélicat qui ne tenait pas sa promesse à cet égard. Du reste, la loi vint bientôt au secours du vendeur, en sanctionnant cette convention, appelée pacte de fiducie par une action personnelle, l'*A. fiduciæ* (1).

C'est la première forme du crédit hypothécaire à Rome, dont nous allons rappeler brièvement les progrès jusqu'à la naissance du droit réel prétorien d'hypothèque.

La vente, accompagnée du pacte de fiducie, privait le débiteur de la jouissance de son bien, ce qui était très gênant pour les emprunteurs romains, presque tous agriculteurs, qui engageaient soit leurs champs, soit leurs instruments de travail. Ils cherchèrent tout d'abord à conserver la détention du bien vendu, grâce à un pacte de précaire qui leur permettait de garder la chose aliénée, sans que le créancier eut à craindre l'*usu receptio*, car il ne cessait pas de posséder.

Un second inconvénient de ce système de crédit était d'exposer le débiteur aux aliénations consenties par le

(1) Cf. sur le pacte et l'action de fiducie : Cuq, *Institutions juridiques des Romains*, et Girard, *Droit Romain*, p. 502-508, les textes et commentaires cités.

fiduciaire qui avait tous les pouvoirs du *verus dominus*. La création des intérêts et de la procédure formulaire permit de réaliser une nouvelle combinaison moins dangereuse à cet égard. Elle consistait à donner au créancier, à titre de garantie, la simple possession de la chose : droit qui se réduisait à peu près à l'exercice des interdits possessoires, car le créancier ne pouvait usucaper pour son compte, et n'avait généralement pas la jouissance du bien engagé, laissé à titre de précaire au débiteur. Cette forme de garantie s'appela le gage ou *pignus*. Elle gênait peu le débiteur, mais ne lui permettait de se procurer qu'une somme bien inférieure à la valeur de la chose engagée, car le créancier était insuffisamment garanti par l'exercice des interdits qui étaient donnés pendant un certain délai, à certaines personnes, au lieu de l'action la plus énergique, la revendication.

A côté du *pignus* proprement dit, que les Romains appellent *pignus apud creditorem depositum*, il était intervenu de bonne heure dans la vie extra-juridique une convention sensiblement différente, dans laquelle le débiteur disait à son créancier : « Je vous donne en gage tel objet, mais remettez la prise de possession au jour où vous concevrez des craintes fondées ; au jour de l'échéance notamment, si vous n'êtes pas payé, vous mettrez la main sur le gage (1). » C'est le *pignus oppositum*, dont l'existence nous est révélée au ^{vi}^e siècle de

(1) Jourdan, *Etudes de droit romain. L'Hypothèque*, p. 90.

Rome, et même à l'époque de la guerre d'Hannibal. Malheureusement, nous n'avons aucun renseignement sur le fonctionnement de ce genre de *pignus*. Son existence a même été cause d'une controverse sur la date de l'apparition de l'hypothèque à Rome.

Certains auteurs (1) prétendent que le *pignus oppositum* n'est autre chose que l'hypothèque qui aurait régulièrement fonctionné à Rome avant l'interdit salvien et l'action servienne. Ils pensent que ce gage donnait un droit éventuel à la possession ; et qu'il était permis au créancier non payé, soit d'exercer ce droit par la force, s'il avait conclu un pacte *de ingrediendo*, soit de recourir au prêteur qui délivrait des interdits suivant les circonstances, *causa cognita*, ou qui tranchait directement les difficultés *extra-ordinem* (2). On trouve encore des explications différentes, telles que celle de M. Cuq, d'après qui le déplacement de la possession du *pignus oppositum* aurait donné au créancier l'A. *furti* et celle de Voigt qui dans ce cas lui accorde l'A. *d'injures*. Mais toutes ces explications manquent de fondement sérieux.

Ces opinions ne nous paraissent pas admissibles. Nous n'avons aucune donnée qui corrobore les sanctions indiquées, qui d'ailleurs présentent, pour le créancier, de véritables dangers. Si le *pignus oppositum* a fonc-

(1) Cf. Dernburg, *Das Pfandrecht nach den grundsätzen des heutigen römischen Rechts* (1. p. 62-61), et Jourdan, *loc. cit.*, (p. 90-93).

(2) Cf. Jourdan, *loc. cit.*, p. 93 et s. Cuq, I, *loc. cit.* p. 635. Cuq, *Instit. jurid. des Romains*, p. 635. Voigt, *Das Pignus der Römer*, p. 259.

tionné de cette manière, nous pensons qu'il n'a été qu'une sûreté de fait, donnée à titre provisoire, en attendant les sûretés personnelles. Il n'a pu donner au créancier aucun repos, car en admettant l'ensemble de cette théorie, nous ne voyons pas ce qui aurait pu empêcher le débiteur d'aliéner son bien, ou de le donner à nouveau en gage à un autre créancier au détriment du premier.

M. Girard explique le fonctionnement du *pignus oppositum* d'une façon très ingénieuse. Ce n'est d'ailleurs qu'une hypothèse, mais qui montre de quelle façon il pouvait servir de garantie sérieuse : « Au moins pour
« les *res nec mancipi*, dit-il, on pouvait donner une sé-
« curité légale, en partant de l'idée de tradition sous con-
« dition suspensive, qui est à la base de la *lex commis-*
« *soria*, en convenant que la si chose était enlevée, le
« créancier en deviendrait propriétaire (1) ».

En termes plus simples, voici quelle serait la convention proposée par le débiteur au créancier. « Je vous
« donne en garantie tel bien qui est ma propriété. Pour
« cela, je vous en fait tradition, sous la condition sus-
« pensive qu'il sortira de ma possession ou de mon pa-
« trimoine (2) ». Et si le débiteur venait à se dessaisir

(1) V. Girard. *loc. cit.*, p. 742, n. 3, et l'interprétation donnée à ce sujet à la clause des formulaires de Caton. De r. r. 146-5 : *Ne quid eorum de fundo deportato. Si quid deportaverit domini esto.*

(2) On voit que cette convention diffère de celle citée plus haut. Il ne nous paraît pas possible que le *pignus oppositum* ait pu donner un simple droit à la possession, avant la loi *Æbutia*.

du bien ou à frustrer en quoi que ce fût les droits du créancier, la tradition produisait ses effets et celui-ci devenait propriétaire du jour de la convention. Mais si tel était le rôle du *pignus oppositum*, on voit qu'il ressemblait à l'hypothèque par son résultat seulement, qui produisait une sûreté réelle sans déplacement de possession.

Si nous voulons énumérer les différentes formes de sûretés réelles en usage chez les Romains avant l'hypothèque, nous voyons qu'ils ont employé le transfert immédiat de la propriété dans l'aliénation fiduciaire, le transfert de la possession dans le *pignus depositum*, enfin le transfert de la propriété et peut-être de la possession sous condition suspensive dans le *pignus oppositum*. Toutes ces institutions ne formaient pas de droits nouveaux. C'était la propriété ou la possession habilement ployées pour produire un effet juridique original, la garantie. Mais au point de vue du crédit, ces combinaisons offraient un grand inconvénient. Elles ne permettaient pas au débiteur de tirer un parti suffisant de la valeur de son bien. En effet, quand une chose avait été engagée, on ne pouvait plus en faire une sûreté pour un second créancier, parce que propriété et possession sont des droits très étendus et lorsqu'on les a concédés une fois, il ne reste plus aucune prérogative à exercer sur le même objet. Il n'y avait donc jamais à cette époque qu'une seule créance privilégiée sur la valeur d'un bien, de même qu'il n'y avait qu'un droit de propriété ou de possession sur cet objet.

§ II. — *Naissance de l'hypothèque.*

Pour que la préférence hypothécaire naisse, il fallait que plusieurs créanciers pussent tirer successivement un avantage appréciable de l'engagement de la chose. Pour cela, il était nécessaire de ne transmettre au premier créancier qu'un droit assez restreint pour laisser encore entre les mains du débiteur une valeur appréciable qu'il puisse donner en garantie. Un simple droit éventuel à la possession remplissait parfaitement ces conditions, seulement il fallait le sanctionner, car nous ne pouvons pas croire que le *pignus oppositum* ait pu exister longtemps sans une sanction spéciale, s'il conférait, comme le prétend M. Jourdan, un droit à la possession. Le prêteur Salvius accomplit ce progrès pour un cas particulier, celui où un fermier voulait affecter à la garantie de ses fermages son matériel d'exploitation. Encore n'admit-on cette sûreté sans déplacement de propriété ou de possession que sur cette considération que les ustensiles se trouvant sur le fond du bailleur (*investa et illata*), celui-ci était censé posséder par l'intermédiaire de son immeuble. Servius renforça cette sanction en donnant au bailleur une action réelle, dont le champ d'application fut rapidement étendu à toutes les créances, dans la première moitié du 1^{er} siècle de notre ère (1).

(1) L'interdit porte le nom de son auteur Salvius. De même l'action prit le nom du prêteur qui l'accorda, A. servienne. La date de

C'est à cette époque seulement, et c'est la conclusion principale que nous voulions obtenir en rappelant les controverses auxquelles ont donné lieu les origines de l'hypothèque, que cette sûreté s'est dégagée des droits de propriété et de possession ; c'est à ce moment qu'elle s'individualise, et qu'elle produit un droit de préférence spécial dont nous allons étudier l'objet (1).

la préture de ces deux magistrats ne nous est pas connue. On a attribué l'interdit à Salvius Otho, préteur sous Auguste (Voigt, p. 264, n. 48. *Cuq. N. R. Hist.* 1894, p. 56, n. 3) et l'action servienne qui probablement lui est postérieure, soit à Servius Sulpicius Galla, préteur en 567 (*Jors Romische Rechtswiss.* 1, 1888, p. 153), ce qui rendrait l'A servienne antérieure à la loi Æbutia, soit à Servius Sulpicius Rufus, contemporain de Cicéron (Brenner, *Jurisprud. ante Hadriana*, 1, 1896, p. 264) qui ne fut que préteur de péculatu en 689 d'après Cicéron, soit à Servius Sulpicius Galba (Voigt, *loc. cit.* p. 264).

(1) Il ressort de ces quelques pages que nous regardons l'hypothèque comme le résultat d'un développement du gage et de la fiducia, opinion partagée par la majorité des romanistes ; mais il nous faut rappeler qu'on a voulu faire dériver l'hypothèque romaine de l'institution grecque dont elle a pris le nom ou encore d'un système de sûretés données à l'État.

L'origine grecque de l'hypothèque romaine a été soutenue par Dernburg (*Pfandrecht*, 1, p. 67). Mais l'institution grecque présentait des éléments essentiels qui ne se retrouvent pas à Rome ; notamment la publicité par les *οποι*. (Cf. Jourdan, *op. cit.* p. 141-172. Dareste. *Nouv. rev. Histor.* 1881. p. 1 et s. Beauchet, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, 3, p. 176-309).

Jourdan (45-64) admet que l'hypothèque est née de la généralisation des *prædes prædiaque*. Ces sûretés dont le fonctionnement ne nous est pas parfaitement connu étaient des engagements de cautions envers l'État ou les cités latines. Celles-ci ayant renoncé de

§ III. — *Notion sur le droit de préférence et son objet.*

Afin d'être bien fixé sur les éléments de notre thèse, il nous reste deux questions préliminaires à élucider : Puisque nous voulons étudier l'objet du droit de préférence hypothécaire, il nous faut dire d'une part ce que nous appelons objet d'un droit et définir, d'autre part, le droit de préférence en général, et le droit de préférence dans l'hypothèque en particulier.

I. L'objet d'un droit est l'avantage que le titulaire du droit a le pouvoir légal de tirer de quelque chose ou de quelqu'un. Ainsi lorsque Titius dit : « J'ai une servitude d'*iter* sur le fonds Cornélien », l'objet de son droit est l'avantage matériel de passer à pied ou à cheval sur ce fonds.

A cet égard, les Romains faisaient une distinction heureuse entre les *res corporales* et les *res incorporales*. Dans la première catégorie, ils comprenaient tout ce qui tombe sous les sens ; dans la seconde tous les droits en eux-mêmes. Cette division revenait à opposer les

bonne heure à l'exécution sur la personne, exigeaient que la caution engageât certains de ses biens, qui, au cas de non-paiement, faisaient l'objet d'une vente spéciale (la *venditio ex lege prædiatoria*), sans préjudice de la vente de tous les biens (*venditio in vacuum*) si lors de la 1^{re} exécution, on n'avait pas trouvé d'acheteur à un prix égal au montant de la dette. Nous trouvons là trop peu d'analogie avec l'hypothèque pour conclure avec quelque certitude que celle-ci dérive de cette institution.

droits à leurs objets ; mais par une curieuse erreur d'analyse, ils considéraient le droit de propriété comme une *res corporalis*. Ils confondaient à tort un esclave avec la propriété de cet esclave, mais cette assimilation est excusable, parce que le droit de propriété étant l'ensemble des avantages que l'on peut avoir sur une chose, il est le seul dont le titulaire puisse dire : *j'ai* cette chose (1). Tous les autres droits sont limités, et pour les définir, il faut indiquer leur objet. On voit par là que chaque avantage de nature différente correspond à un droit particulier, et que réciproquement chaque droit, la propriété exceptée, a un objet unique, c'est-à-dire ne confère qu'une seule prérogative, ou plusieurs de même nature pouvant se ranger sous une dénomination unique. Ainsi l'usufruit confère de nombreux avantages, mais tous rentrent sous la rubrique de jouissance de la chose.

Nous insistons sur cette idée, car nous verrons au cours de notre étude qu'on a voulu donner au droit d'hypothèque deux objets différents, et nous aurons à nous demander si l'on n'a pas commis là une erreur. Remarquons en outre que l'objet d'un droit est aussi celui de l'action qui le sanctionne, car l'action n'est autre chose que le droit envisagé à l'état de lutte.

II. La notion d'objet d'un droit étant dégagée, deman-

(1) Il est possible que les Romains n'aient connu à l'origine que des *res corporales*. Cela expliquerait pourquoi ils y auraient fait entrer la propriété, et pourquoi ils ont confondu pendant quelque temps la servitude de passage avec la co-propriété du chemin.

donc-nous ce qu'est une préférence et spécialement une préférence hypothécaire.

L'idée de préférence considérée comme l'effet d'un droit, nous amène à la distinction des droits réels et des droits personnels, distinction dont nous aurons trop souvent l'occasion de parler pour ne pas en dire quelques mots dès le début, d'autant plus qu'on est loin d'être d'accord à son égard, et qu'il y a ici presque autant d'idées que d'auteurs différents. Ortolan, qui a émis à ce sujet des opinions que nous trouvons fort justes, fait ressortir que cette division des droits est la seule générale, la seule qui les comprenne tous, mais qu'on ne la trouve pas nettement formulée à Rome.

Il observe en outre qu'au point de vue philosophique cette division est inexacte : « En effet, dit-il, il n'existe de droit
« que de personne à personne ; tout droit a donc nécessairement un sujet actif, un ou plusieurs sujets passifs, lesquels soit actif, soit passif, ne peuvent être que des personnes. Sous ce rapport, tout droit est donc personnel.

« Tout droit, outre le sujet actif et le sujet passif, a de plus et nécessairement un objet, lequel, dans sa plus grande généralité, est désigné sous le nom de chose.
« Tout droit a donc une chose pour objet, et sous ce rapport tout droit est réel.

Ainsi, tout droit, sans exception, est à la fois personnel quant à son objet tant actif que passif ; et réel quant à son objet (1). »

(1) Ortolan, *Histoire et généralisation du droit Romain*, éd. Labbé, p. 637.

La distinction qui nous occupe n'est exacte que si l'on considère la manière dont figurent et fonctionnent dans le droit les personnes en qualité de sujet, les choses en qualité d'objet. Et ici nous voyons deux nuances bien distinctes.

Dans un droit quelconque, le sujet actif n'a au fond que la faculté d'exiger quelque chose du sujet passif. Or, on ne peut exiger de quelqu'un que deux choses, un fait ou une abstention, une action ou une inaction, que nous appellerons dans un sens très large les obligations du sujet passif. Ces obligations sont de deux sortes : L'une pèse sur la masse des individus, et leur enjoint de ne porter aucun trouble, aucun obstacle à l'exercice du droit. Elle se rencontre dans tous les droits sans exception, car aussitôt qu'un homme en possède un, la masse des autres individus est tenue de s'abstenir, de ne porter aucune entrave, aucun trouble à la jouissance ou à la réalisation de ce droit. A côté de cette obligation générale et collective qui se rencontre toujours, il y en a souvent une autre qui ne frappe qu'un ou plusieurs individus nettement désignés et qui les contraint particulièrement à accomplir une prestation ou à souffrir un fait. Dans ce cas le sujet passif est double et comprend outre la masse des individus qui doivent respecter le libre exercice du droit, les personnes qui sont tenues particulièrement de faire ou de ne pas faire quelque chose.

Les droits de la première catégorie, où l'on ne rencontre que l'obligation générale, pour tous, de ne pas

troubler le sujet actif dans l'exercice de ses prérogatives, sont appelés droits réels. Ceux de la seconde, où les deux obligations coexistent, mais où l'on n'envisage d'habitude que la prestation particulière dont est tenu un individu désigné, sont les droits personnels. En termes plus simples : Le droit réel est celui dans lequel nul n'est individuellement sujet passif, le droit personnel celui dans lequel une ou plusieurs personnes sont individuellement sujets passifs. Comme il est bon de caractériser les droits par ce qui frappe le plus en eux, nous dirons encore, que l'objet prédomine le droit réel, le sujet passif prédomine le droit personnel.

Analysons maintenant cette obligation générale de la masse des individus de ne pas troubler le titulaire d'un droit dans l'exercice de ses prérogatives, et les effets qu'elle produit.

Cette obligation peut être violée par les tiers de deux façons par un fait matériel ou par un fait juridique.

Quand l'exercice d'un droit, qu'il soit réel ou personnel, est troublé par un fait matériel émanant d'un tiers, cette violation donne au titulaire du droit le pouvoir d'exiger une réparation, et ce principe qui s'est développé lentement et incomplètement à Rome (1) est exprimé chez nous par l'art. 1382 du Code civil : « Tout
« fait quelconque de l'homme qui porte préjudice à au-

(1) Sur la manière dont les Romains ont compris la théorie de l'art. 1382 du C. civ. V. Cuq, *Inst. jurid. des Romains*, p. 352 et s.

« trui oblige celui par la faute duquel le dommage a été
« causé à le réparer. »

Mais si le trouble qu'un individu apporte à la jouissance ou à l'exercice du droit d'autrui est un trouble juridique, c'est-à-dire, si le titulaire du droit voit opposer à ses prérogatives un autre droit semblable, il faut distinguer : s'il s'agit d'un droit personnel le premier bénéficiaire du droit concédé doit subir le concours du second, parce qu'ils sont tous deux tenus par l'obligation générale de respecter le droit d'autrui. Ainsi lorsque Primus a promis cent à Secundus, et plus tard cent à Tertius, s'il ne peut donner en tout que cent, chacun des deux créanciers ne recevra que cinquante.

S'il s'agit d'un droit réel, il semble au premier abord que le même raisonnement s'applique et qu'on puisse dire Primus a concédé l'usufruit du fond Cornélien à Secundus, il l'a concédé plus tard à Tertius ; les deux bénéficiaires devant un respect mutuel à leur droits devront concourir ensemble. Cependant il n'en est pas ainsi et le premier concessionnaire gardera seul l'entier usufruit. *Il sera préféré au second.*

Cette différence s'explique facilement. En effet, lorsque Primus promet cent, rien ne l'empêche de faire une seconde et une troisième fois la même promesse, parce que ses engagements ne seront jamais contradictoires, et qu'on ne pourra jamais lui reprocher d'avoir outre-passé son pouvoir.

Si au contraire Primus a concédé l'usufruit du fonds Cornélien, il ne peut plus faire la même concession parce qu'elle est évidemment en dehors de ses attributions. Il s'en suit qu'il ne pourra plus accorder que des droits de nulle valeur, et le premier bénéficiaire sera préféré au second parce que il n'a pas à respecter un droit nul à son égard (1). Telle est, selon nous, l'explication la plus rationnelle de la préférence que donne le droit réel à son titulaire (2), et nous pouvons la définir : Le privilège d'exclure de la jouissance ou de la réalisation d'un droit, tous ceux qui excipent d'un titre de même nature, inférieur en valeur, ou postérieur en date.

(1) Les Romains avaient parfaitement vu cette idée, lorsque, au sujet de l'autorité de la chose jugée, ils disaient qu'on pouvait demander plusieurs fois *eadem res* par une action *in personam*, ce qui était impossible avec une action *in rem*.

(2) Si ce n'était pas un jeu bien vain de l'esprit de montrer combien les règles de droit sont de pures conventions sociales, et ne se basent que sur des apparences, nous n'aurions qu'à pousser un peu plus loin l'analyse pour voir disparaître les différences entre le droit réel et le droit personnel.

Nous avons dit en effet que les engagements pris par une personne n'étaient jamais contradictoires ; cependant il est bien clair qu'un individu ne peut jamais tenir qu'un nombre limité de promesses, dont l'ensemble constitue sa valeur, sa solvabilité. Chaque fois qu'il s'engage il aliène une partie de cette solvabilité au profit d'un créancier, de même qu'un propriétaire qui constitue des droits réels sur sa chose aliène une partie de la valeur de cette chose. Pourquoi dans le 1^{er} cas le droit concédé n'est-il pas aussi exclusif que dans le second ? Il n'y a à cela qu'une raison pratique, c'est qu'il est presque impossible d'apprécier le degré de solvabilité aliéné par un individu dans un engagement.

La préférence accordée au titulaire du droit réel implique donc une exclusion ; mais cette exclusion est tantôt absolue, comme dans la propriété, tantôt relative comme dans les servitudes, comme dans l'hypothèque.

Quand nous disons que l'exclusion est relative, nous entendons par là que le libre exercice du droit réel par son titulaire n'empêche cependant pas un autre bénéficiaire d'exercer un droit réel de même nature sur la même chose.

Ainsi l'exercice du droit réel de passage sur un chemin, n'empêche pas qu'on puisse concéder et exercer un nouveau droit de passage sur le même chemin, à la condition de ne gêner en rien l'exercice de la première servitude.

La préférence hypothécaire est relative ; en sorte que la concession d'un droit d'hypothèque n'empêche pas le propriétaire d'en accorder un second à un autre titulaire. Ce dernier ne sera pas dépourvu d'avantages, mais ne pourra entraver en rien les prérogatives du premier créancier.

Celui-ci aura donc seul la plénitude du droit d'hypothèque. Seul il pourra obtenir tous les avantages, qui, à l'époque où nous nous plaçons, constituent l'objet du droit de préférence.

Nous sommes fixés sur les éléments de notre sujet ; nous avons donné sur eux quelques renseignements indispensables ; nous pouvons maintenant entrer dans le

développement de notre étude, sans être gênés par des notions obscures ou des idées étrangères.

SECTION II

L'objet du droit de préférence dans l'hypothèque primitive.

Nous nous demandons quel était à l'origine de l'hypothèque l'objet du droit de préférence, c'est-à-dire quels avantages le créancier le plus privilégié pouvait réclamer à l'exclusion de tous autres.

Si la formule authentique de l'action hypothécaire nous était parvenue, il aurait été facile d'être fixé sur l'objet du droit de préférence que le créancier réclamait dans cette action. Malheureusement, les diverses restitutions qui ont été tentées à ce sujet diffèrent sur le point qui nous intéresse le plus ; sur l'étendue de l'*arbitrium* du juge (1). Il nous est donc impossible de tirer de cet élément une preuve sérieuse, pour démontrer qu'à l'époque où nous nous plaçons, le créancier hypothécaire ne pouvait demander par l'action quasi servienne que la possession de la chose engagée, soit vis-à-vis des tiers détenteurs, soit vis-à-vis des créanciers hypothécaires postérieurs en date.

(1) Comparez les diverses formules restituées par Rudorff. *Edict. perpet.* p. 234. Bachofen, *Pfandrecht*, p. 49. Huschke *Studien*, 377. Dernburg, *Pfandrecht*, I, p. 81, Lenel, *Edi.* p. 395-398. Ces trois derniers auteurs bornent l'*arbitrium* du juge à la restitution de la chose.

§ I. — *La possession fait partie de l'objet du droit de préférence hypothécaire.*

Et d'abord, le créancier hypothécaire a droit à la possession. Ce point ne souffre aucune difficulté. Les textes nous disent que par l'action quasi servienne le créancier obtient la possession : *possessionem avocat, apprehendit adipiscitur* (1). Mais quel genre de possession ? Il semble bien que c'était la même que celle conférée par le *pignus*, car l'hypothèque n'est qu'un gage éventuel ; et Marcien nous dit que ces deux institutions ne diffèrent que par le nom (2). Or, tous les textes sont d'accord sur la nature de la possession conférée par le gage. Elle est nettement définie par Javolenus au Digeste XLI, 3. *De usucap.* l. 16 : « *Qui pignori dedit ad usucapionem tantum possidet, quod ad reliquas omnes causas pertinet qui accepit possidet : adeo ut addici possit et possessio ejus qui pignori dedit.* »

Il paraît donc qu'aucun doute ne puisse s'élever à ce sujet (3) ; cependant Savigny et Vangerow (4) ont

(1) Dig : XXI 2, *De evict.* l. 66, p. — XX, 1, *De pignor.* l. 40. Cod. VIII, 14, *de pigor.* l. 3.

(2) Dig. XX. 1. *De pignor.* l. 5 § 1 : *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.*

(3) Cependant la loi 13, § 2. Dig. *Qui salisd. cog.* II, 8, dit. — *Creditor qui pignus accepit possessor non est, tametsi possessionem habeat.* Mais il est clair que *possessor* est pris ici dans un sens tout spécial.

(4) Cf. Savigny *Besitz*, § 24, p. 336 et Vangerow, *Pandekter*, § 200, I p. 335.

enseigné que le créancier hypothécaire n'avait qu'une simple détention. Ces auteurs assimilent la possession hypothécaire à celle que confèrent le *pignus prætorium* et le *pignus in causa judicati captum* qui, d'après eux, ne donnent droit qu'à la détention. Mais outre que l'hypothèque n'est pas une *missio* prétorienne, on ne peut conclure à l'inverse des textes très clairs que nous avons cités à l'appui de notre opinion. Une autre preuve en faveur de notre manière de voir, c'est qu'à Rome on considérait comme un *furtum possessionis* le fait de faire disparaître de chez le débiteur une chose hypothéquée (1). Il faut reconnaître cependant que la possession due au créancier hypothécaire était spéciale puisqu'elle n'empêchait pas le débiteur d'usucaper s'il n'était pas encore propriétaire, et que le créancier n'avait pas un élément considéré dans les autres cas comme essentiel, l'*animus domini*.

On comprend assez facilement que le débiteur continue d'usucaper, parce que l'usucapion est un mode d'acquérir la propriété non par la possession, mais par l'usage et l'on peut dire que le possesseur qui engage un bien *en use*. Quant à l'*animus domini* dont est privé certainement le créancier, nous ferons remarquer que les textes n'en parlent jamais (2), et qu'on trouve tou-

(1) Dig. XX. 5. *De Distr. pign.* l. 1. 4 et XLVII, 2, *de furtis*, l. 19, § 6.

(2) Cf. Jourdan, *loc. cit.* p. 498, n. 11, où il explique un paragraphe de Théophile où certains auteurs ont voulu voir l'expression *animus domini* dans ces mots : ψυχῇ δὲ σπóζοντος.

jours à la place les expressions *animus possidendi possessionis*. Or, le créancier a certainement un *animus possidendi*, c'est-à-dire la volonté de conserver sur la chose une domination absolue, jusqu'au paiement de sa créance (1).

Telle est la nature de la possession que réclame le créancier hypothécaire. Elle donne à son titulaire l'exercice des interdits possessoires. A la différence de la détention, elle le protège contre un acte de disposition du propriétaire, et lui permet, si la chose est frugifère, de recueillir les fruits qu'il acquiert par perception (2), et qu'il doit imputer sur les intérêts puis sur le capital de la créance (3).

§ II. — *La possession constitue tout l'objet du droit de préférence hypothécaire.*

La possession fait donc bien partie de l'objet du droit

(1) Rappelons que Savigny dans son traité de la possession enseigne que la possession du créancier est une *possessio derivata* de celle du débiteur.

(2) Nous sommes amenés à cette opinion en disant que le propriétaire a autorisé le créancier à percevoir les fruits, et celui-ci les fait siens par la perception par application de la théorie de la tradition. Cf. *Contra*. Bachofen, *loc. cit.* p. 143.

(3) Rappelons à ce propos qu'il intervint de bonne heure à Rome l'habitude de joindre au gage ou à l'hypothèque un pacte d'antichrèse qui produisait compensation entre les fruits de la chose hypothéquée et les intérêts de la dette.

de préférence, mais est-elle tout cet objet ; en d'autres termes, le créancier hypothécaire ne peut-il exiger d'autres avantages que la possession, en exerçant l'action quasi servienne ? On n'a jamais soutenu que le créancier hypothécaire pouvait, par son action, obtenir la possession d'abord, d'autres avantages ensuite ; mais bien des auteurs ont prétendu que l'action quasi servienne poursuivait un but alternatif que l'on exprime par cette formule, *aut cede aut solve*. Rudorff Jourdan et Bachofen qui partagent cette opinion insèrent cette alternative dans la *clausula arbitraria* de la formule ; *nisi restituat aut pecuniam solvat*. Au contraire, Dernburg, Huschke et Lenel pensent que la possession est le seul but poursuivi par l'action hypothécaire, et la *clausula arbitraria* était d'après eux ainsi formulée : *nisi ea res arbitrato tuo restituetur*.

Nous n'hésitons pas à prendre partie pour cette seconde opinion, mais elle a besoin d'être justifiée par quelques développements.

Nous avons, pour croire que la possession était le seul objet de l'action quasi servienne, d'abord une preuve de logique. Cette action est *in rem*, elle a pour but de faire obtenir à celui qui l'exerce un avantage sur une chose ; il semblerait bizarre qu'elle aboutisse au paiement d'une créance.

Une autre preuve nous est fournie par les textes. En effet, Marcien (D. XX, 1, *De pignor.* l. 18, § 3) nous dit : *Si cum quo actum est non possideat, nec dolo malo feerit*

quominus possideat, absolvi debet. Ainsi lorsque la chose hypothéquée a péri fortuitement, lorsqu'elle est sortie du patrimoine du débiteur sans dol de sa part, le créancier ne pourra plus rien demander, le défendeur sera absous.

N'est-ce pas une preuve convainquante que le seul droit du créancier est d'exiger le délaissement de la chose et de se faire mettre en possession ? Si l'objet de l'action hypothécaire ou du droit de préférence était une véritable alternative, le détenteur aurait dû être condamné à payer le créancier poursuivant, car celui-ci pourrait dire : Vous êtes tenu de payer ou de délaisser ; s'il vous est impossible de livrer la chose, vous pouvez toujours payer. Et Marcien nous dit que le créancier ne peut faire un pareil raisonnement. C'est que la seule chose due par le détenteur du bien hypothéqué est la possession. Il peut évidemment la conserver en payant la dette, mais c'est là une *facultas solutionis*, non une alternative. Du reste, les jurisconsultes romains étaient bien fixés sur la nature de ce paiement, et Paul (1) nous dit : « ceux qui poursuivent un bien hypothéqué sont repoussés dans cette revendication si le possesseur quel qu'il soit offre de payer » (*si offerre vellet*). Le jurisconsulte indique bien qu'il s'agit d'une faculté accordée au créancier.

Nous concluons donc que la possession de la chose hypo-

(1) Dig. XX, 6, *Quib. mod. pignus*, l. 12, § 1.

théquée était l'unique avantage réclamé par le créancier hypothécaire, le seul qui était mentionné dans la formule de l'action, le seul qui formât l'objet du droit de préférence. Seulement le détenteur qui ne voulait pas se dessaisir de la chose avait la faculté de payer la dette, et il la conservait même après que le juge avait prononcé son *arbitrium*. Il est même probable que le détenteur payait presque toujours à ce moment, car s'il était tiers possesseur il évitait une condamnation qui pouvait dépasser le montant de la créance (1).

Puisque l'hypothèque conduisait uniquement à la possession de la chose engagée, comment fonctionnait-elle en qualité de garantie, comment le créancier pouvait-il parvenir, grâce à elle, au paiement de sa créance ?

Cette question ne présente pas grande difficulté, et il suffit de se rapporter aux mœurs romaines de cette époque primitive pour en comprendre le fonctionnement. A Rome on n'empruntait pas dans un but de spéculation ou pour les besoins du commerce ; c'étaient les agriculteurs gênés par une mauvaise récolte, ruinés par la guerre ou par le pillage qui faisaient surtout appel au crédit ; ils ne pouvaient hypothéquer que le sol même qu'ils défrichaient s'ils en étaient propriétaires ou les instruments qui leur servaient dans leurs travaux. Quand on exerçait contre eux l'action hypothécaire qui tendait à les dépouiller de ces objets de première nécessité, sans

(1) Dig. XX, 1, *De pignori*, l. 21, § 3.

lesquels ils n'auraient pu continuer à vivre de leur travail, il est bien clair qu'ils devaient s'ingénier à trouver un moyen de satisfaire leur créancier, plutôt que d'être réduit au dernier degré de la misère. Et les cas ont dû être bien rares où le débiteur préférerait laisser son gage aux mains du créancier ; d'autant plus que celui-ci pouvait encore intenter l'action personnelle qui lui donnait contre son débiteur la voie d'exécution terrible de la *manus injectio*.

Ces considérations font très bien comprendre qu'un simple droit de possession donnait à ce créancier romain une certitude de paiement plus grande peut-être que ne le fit plus tard le droit de vente du gage. Mais ce qui se conçoit avec plus de difficulté c'est la manière dont plusieurs créanciers pouvaient trouver une vraie garantie dans ce droit qui est accordé par préférence au premier d'entre eux.

Cette exclusion des créanciers postérieurs en faveur du plus privilégié a fait dire à Dernburg (1), que ceux-là n'avaient à l'origine qu'une hypothèque conditionnelle, qui ne pouvait produire effets qu'après le désintéressement du premier créancier. Nous croyons cette opinion inexacte. Tout créancier hypothécaire a le droit de réclamer la possession ; seulement le jeu normal du droit de préférence le fera succomber devant les créanciers de rang antérieur qui opposent à sa demande l'exceptio.

(1) Cf. Dernburg, *loc. cit.* 1, p. 264 ; 2, p. 479-482.

tion *si non mihi ante pignori hypothecæ nomine sit res obligata* que les interprètes appellent assez maladroitement *l'exceptio potioris pignoris* (1), et qui pourront le déposséder s'il avait déjà mis la main sur le gage commun. Seulement ils auront deux moyens d'obtenir une garantie sérieuse. Ils attendront que le créancier antérieur ait été désintéressé par le débiteur, et intenteront valablement contre celui-ci l'A. hypothécaire, avec tous les avantages de premier créancier. Ou bien si le paiement se fait trop attendre, ils désintéresseront eux-mêmes le premier créancier, et auront droit à tous les avantages de la possession. Nous n'insistons pas davantage sur ces points de droit bien connus.

Concluons sur le point de départ de notre sujet que nous avons tâché d'établir dans ce chapitre.

A Rome, la convention d'hypothèque n'a produit à son origine qu'un droit à la possession, laquelle forme l'objet unique du droit de préférence comme du droit de suite. Ce simple droit de possession, que les jurisconsultes se plaisent à comparer à l'usufruit, fonctionne assez bien comme garantie pour assurer le paiement des créanciers, surtout au premier créancier. Mais à cette époque il n'était pas permis au créancier en possession de vendre le bien hypothéqué. Il devait apporter à sa conservation tous les soins du bon père de famille, et répondait de ses fautes les plus légères. Cependant quel-

(1) Jourdan, *loc. cit.* p. 576.

ques auteurs ont cru qu'un droit de vente et de paiement sur le prix s'était développé à Rome dès l'origine de l'hypothèque, et ils font remarquer que de très bonne heure on qualifia l'hypothèque *d'obligatio rei*.

L'époque à laquelle sont nés le droit de vente et le droit sur le prix, n'influe pas sur l'objet originel du droit de préférence, mais nous voudrions faire voir ici, que le nom *d'obligatio rei* peut très bien s'appliquer à l'hypothèque alors même qu'elle ne donnait qu'un simple droit à la possession.

En effet, il faut se garder d'appliquer aux Romains la même conception de *l'obligatio rei*, que nous verrons se développer dans notre ancien droit, et que nous traduirons volontiers par *dette de la chose*. Nous ne croyons pas que les Romains aient eu, surtout à l'origine, cette idée, juridiquement fausse à notre avis, que l'hypothèque constituait la chose engagée débitrice, et tenue à payer sur sa propre valeur.

Il nous semble que la seule idée qu'on ait voulu exprimer par ces mots *obligatio rei* est que le droit d'hypothèque était le droit réel qui s'exécutait sur la chose d'une façon analogue au droit d'exécution sur la personne. En effet, dans la *manus injectio*, on voit que le débiteur est saisi par le créancier, de la même façon que la chose hypothéquée l'est dans l'A. quasi servienne. Le créancier hypothécaire qui a obtenu la possession de la chose, pèse sur elle; *incombit pignori*, disent les textes, de la même manière que sur le débiteur emprisonné en

vertu de la procédure d'exécution. Le créancier doit conserver cette chose, comme il doit entretenir l'existence de son débiteur enchaîné. Et cet état de servitude de l'homme ou de la chose dure jusqu'au moment où un tiers, *un vindex* se présente pour désintéresser le créancier. Cette analogie a fait dire aux Romains que la chose hypothéquée était *liée* comme l'est la personne ; car le sens éthymologique du mot *obligatio* est *lien*, les jurisconsultes le définissent encore *vinculum juris*. Mais de ce que la chose est liée dans l'hypothèque de la même manière que la personne quant à l'exécution, il ne s'ensuit pas qu'elle doive comme elle ; et l'on ne peut pas dire *res debet*, car pour être débiteur, il faut pouvoir jouer le rôle de sujet passif d'un droit et nous avons démontré plus haut que les personnes seules en sont susceptibles.

Nous croyons donc pouvoir affirmer que cette notion du bien débiteur au lieu et place de la personne, que nous verrons se développer dans notre ancien droit, n'a jamais été connue à Rome ; et nous aurons à étudier les raisons toutes particulières qui ont provoqué son développement en France.

CHAPITRE II

DÉVELOPPEMENT ET EXPLICATION JURIDIQUE DU « JUS DISTRAHENDI »

Nous avons vu dans le chapitre précédent que la possession formait à l'origine de l'hypothèque romaine l'unique objet du droit de préférence. Elle produisait une garantie suffisante pour le crédit agricole. Mais lorsque la longue paix qu'amenèrent quelques règnes heureux eut développé le commerce et l'industrie romaines, lorsque Rome eut atteint un nombre d'habitants inouï à cette époque, le crédit hypothécaire changea de caractère. Il ne fut plus restreint aux relations du fermier et de son propriétaire, aux bons offices du *pater* et de ses clients. Les emprunteurs ne furent plus seulement des agriculteurs besogneux, mais des commerçants, des spéculateurs, des fils de famille prodigues de leurs richesses ; et au lieu de parents, d'amis, ou de protecteurs complaisants, on ne trouva comme prêteurs, que des gens désireux de placer des capitaux le plus sérieusement possible.

Pour répondre à une situation nouvelle il fallait créer une garantie qui fût plus efficace que la possession, en ce sens qu'elle permettrait de tirer de la chose hypothéquée elle-même le paiement de la créance. C'est sous cette influence que s'est développé le droit de vendre l'objet hypothéqué qui devait devenir l'avantage essentiel du créancier hypothécaire. Ce droit s'est appelé à Rome *jus distrahendi*. Nous allons l'étudier à un point de vue spécial, et nous essayerons de démontrer qu'il a toujours formé dans la législation romaine un droit absolument distinct du droit réel d'hypothèque.

Dans une seconde section de ce chapitre, nous rechercherons comment les Romains ont réglé et expliqué le droit des créanciers, d'être payé par ordre de date sur le prix provenant de la vente. Et là encore nous espérons faire voir, que si ce prix a été distribué par préférence aux créanciers hypothécaires, ce n'est pas du tout en vertu du droit de préférence hypothécaire tel que nous l'entendons aujourd'hui.

SECTION I

Développement du « *jus distrahendi* ».

Pendant un certain temps, le créancier hypothécaire, nanti de la chose engagée, s'est contenté d'attendre le paiement de son débiteur qui ne tardait pas à l'effectuer car la gêne produite par la dépossession était considé-

rable et devait produire un certain discrédit sur la personne ainsi dépouillée.

Mais après l'agrandissement colossal de Rome, il ne fut pas rare de voir des emprunteurs abandonnant à leurs créanciers la vaine possession des gages qui leur étaient inutiles. On songea alors à employer le moyen ordinaire auxquels les Romains recouraient si volontiers pour modifier les effets des contrats. On ajouta à la convention hypothécaire un pacte adjoint pour renforcer la garantie réelle.

§ I. — *Moyens employés pour donner au créancier le droit de payer sur la valeur de la chose.*

On imagina des engagements divers qui tous ont pu se rencontrer dans des cas isolés bien avant le début de la période classique où nous nous plaçons ; mais à notre avis ce n'est qu'à ce moment qu'on les voit se généraliser, qu'ils deviennent des clauses habituellement jointes au pacte d'hypothèque.

La plus ancienne de ces clauses est celle par laquelle le débiteur consent à ce que la chose engagée devienne la propriété du créancier, s'il n'est pas payé à une date fixée. Cette clause est appelée *lex commissoria*, elle est très ancienne ; on la rencontre dans les formulaires de Caton (*De. r. r.* 146, 5), et elle a joué un rôle important dans l'histoire du gage, à propos de laquelle nous avons déjà parlé d'elle. Mais à une pareille époque elle ne s'ap-

pliquait pas à l'hypothèque, et deux textes de Cicéron (1), qui parlent d'un effet semblable, se rapportent, croyons-nous, à des sûretés grecques, et non à la fiducie ou à l'hypothèque (2). Néanmoins, c'est le premier pacte qui a dû être joint à la convention d'hypothèque. Il est tout naturel que le créancier dise : « Quand je serai en possession, si vous ne me payez pas, je garderai le bien non plus à titre de possesseur, mais comme propriétaire ».

Un tel arrangement était avantageux pour le créancier ; non pas qu'il dût trouver un grand bénéfice à devenir propriétaire d'un bien qui ne lui était peut-être d'aucune utilité, mais cela lui permettait de vendre, et d'arriver à l'extinction de sa créance.

En revanche, il était bien difficile de consentir plusieurs hypothèques, lorsque le premier créancier avait le bénéfice de la *lex commissoria*, et il était souverainement injuste que le créancier devenu propriétaire pût tirer de la chose engagée un prix souvent bien supérieur au montant de sa créance. Il s'enrichissait sans cause aux dépens de son débiteur. Aussi pensons-nous que la *lex commissoria* n'a joué qu'un rôle bien effacé dans l'histoire de l'hypothèque, et que l'on dût chercher de bonne heure un moyen plus équitable de permettre au créancier la conversion du gage en deniers.

(1) Cicéron, Ep. 13, 56, 2, *Pro Flacco* 21, 51.

(2) Cf. Hitzig *Das Griechische Pfandrecht*, p. 84, p. 77. Beauchet, *loc. cit.* 3, p. 270.

Nous savons, par un texte de Marcien (1), que l'on convenait parfois que le créancier deviendrait propriétaire mais pour un prix fixé à dire d'experts. Et lorsque l'évaluation de ce prix dépassait le montant de la créance, le créancier devait restituer le *superfluum* au débiteur ou aux créanciers postérieurs.

Mais ce n'était pas encore le meilleur moyen de satisfaire les parties, car il devait y avoir toujours quelqu'un de mécontent de l'expertise, et lorsque le créancier devenu propriétaire aliénait le bien à son tour, suivant qu'il trouvait un prix inférieur ou supérieur à celui que les experts avaient fixé, il se plaignait de n'être pas entièrement payé, ou retirait de sa créance un bénéfice peu justifié.

§ II. — *Le droit de vendre.*

Le seul moyen qui devait faire éviter ces conflits d'intérêts était de permettre au créancier de vendre sans être propriétaire, de se payer sur le prix, et de restituer le surplus au débiteur ou à ses représentants. Cette clause finit par être admise. Labéon (2) est le premier à la

(1) Marcien, Dig. XX, I, *De pignor.* 46, § 9.

(2) Labéon, Dig. XX, I, *De pignor.* 33, dit : *Si insula quam tibi ex pacto convento licuit vendere combusta est deinde a debitore tuo restituta, idem in nova insula juris habes.*

signaler, mais elle apparut bien après celles que nous venons d'indiquer(1).

Avant d'entrer dans les détails, faisons ressortir que cette clause de vente naît d'une convention bien distincte du pacte hypothécaire. Sans doute, il est possible de les réunir matériellement dans le même acte, mais à l'origine elle se joint accidentellement et d'une façon expresse à la convention d'hypothèque.

Le jus distrahendi pris en bloc comprend deux droits bien distincts, le droit de transmettre la propriété que n'a pas le créancier à un tiers choisi par lui et le droit de toucher le prix et de le garder pour éteindre sa créance. C'est le premier que nous appelons strictement droit de vente ou *jus distrahendi*, c'est lui dont nous allons traiter dans cette section, nous réservant d'étudier plus loin le droit sur le prix. Deux questions relatives au droit de vente intéressent notre thèse :

1° Comment les jurisconsultes ont-ils admis qu'un créancier hypothécaire qui n'avait pas la propriété put avoir un droit irrévocable de vendre le gage ?

2° Comment la clause de vente s'est-elle incorporée à la convention hypothécaire, de façon à devenir un de ses effets essentiels.

(1) M. Cuq, *loc. cit.*, p. 637, pense que dès l'origine du gage, le créancier avait le droit de vendre, indépendamment de toute convention. Il ne transférait du reste à l'acquéreur que la possession avec le droit d'usucaper.

A. Nature du droit de vente.

Sur la première question nous ferons observer que la justification du droit de vente a été sûrement forcée ; on l'a admise par utilité pure, en faisant même de légères entorses aux principes, mais il est vrai de dire, surtout à Rome, *ex facto jus nascitur*. Les textes des jurisconsultes romains ont donné naissance à deux théories différentes qui ont été soutenues par les auteurs modernes. L'une voit dans la convention de vente un mandat ; l'autre reconnaît au créancier un droit d'aliéner *jure proprio*. Nous nous bornerons à exposer ces théories, sans prendre parti à leur sujet, car nous sommes persuadés que l'histoire du *jus distrahendi* est intimement liée au développement d'une autre institution, la cession de créances, et nous tâcherons d'établir plus loin l'étroite connexité qui existe entre eux, et d'expliquer la genèse du droit de vente en même temps que nous déterminerons la nature du droit sur le prix.

La première opinion qui paraît au premier abord la plus naturelle prétend que le créancier vend et fait tradition en vertu d'un mandat exprès, ou tacite (lorsque la clause de vente devint de style) du débiteur propriétaire.

Les jurisconsultes de l'époque classique paraissent bien avoir considéré le droit de vente comme un mandat. Ainsi Gaius (II, § 64) dont le texte a été rapporté aux Institutes de Justinien (De rer. divis. § I), nous dit :

Hoc forsitam ideo videtur fieri quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari qui ab initio pactus est ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. Et Paul (D. X, 2, fam. ercisc. l. 29), assimile en termes formels le créancier vendeur au procurator : Quod creditor agit pro eo habendum est ac si debitor per procuratorem agisset.

Cependant, c'est bien le plus étrange mandat que celui où le mandant permet à son *procurator* de vendre, s'il lui plaît, aux conditions les moins favorables (1), de ne se préoccuper que de ses convenances (2) et de ne respecter aucune des charges établies ultérieurement sur la chose hypothéquée (3).

Le créancier hypothécaire peut vendre malgré l'opposition de son débiteur, il le peut encore après sa mort qui révoquerait le mandat, comme après la perte de la propriété par le débiteur, qui enlève à celui-ci même le droit d'aliéner. Enfin, il ne doit garantir à l'acheteur qu'une chose : la priorité de son hypothèque. *Hoc uti-*

(1) D. (XIII, 7, De pign. act. l. 6. pr.) « *Quamvis convenerit ut fundum pigneratitium tibi vendere liceret. nihilo magis cogendus es vendere, licet solvendo non sit is qui pignus dederit quia tua causa id caveatur.* »

(2) D. (XX, 5, De distr. pign. l. 8). *Creditoris arbitrio permittitur ex pignoribus sibi obligatis, quibus velit, distractis ad suum commodum pervenire.*

(3) D. (L. 17, De reg. jur. l. 206). *Plerumque fit ut etiam ea quæ a nobis abire possunt, proinde in eo statu sint, atque si non essent ejus conditionis ut abire possint, et ideo quod fisco obligamus et vindicare interdum et alienare et servitutem in prædio imponere possumus.*

que præstare debet se potius esse cæteris creditoribus. (Code VIII, 46, l. 1.) Il ne lui doit aucune indemnité à raison des évictions qui pourraient résulter du défaut de droit du débiteur propriétaire. « Il garantit seulement son droit de vendre en tant que créancier, dit M. Labbé, son droit de transférer à l'acheteur la propriété telle quelle de l'auteur de l'engagement, rien de plus (1). » Et en cela encore il diffère du mandataire qui est garant de l'éviction (2) et du vendeur ordinaire, même ayant fait un pacte de non garantie, lequel n'est jamais exonéré, comme le créancier, de la restitution du prix (3).

Ces différences entre le créancier hypothécaire et le mandataire sont tellement graves, qu'elles ont déterminé des auteurs très considérables, tels que Dernburg, Bachofen et Jourdan, à émettre sur la nature du droit de vente des théories tout à fait étrangères au mandat.

Bachofen (4) prétend que le créancier ne vend pas la chose engagée mais son droit hypothécaire dont il doit la garantie. Il se base pour soutenir sa théorie sur un texte de Paul (D. XX, 5, l. 13) : *Creditor qui jure suo pignus distrahit, jure suum cedere debet et si pignus possidet tradere utique debet possessionem.*

(1) Labbé, *De la Garantie*, p. 38 et 45.

(2) Dig. XVII. 1, *Mandati*, l. 49. *Et puto Titium, quamvis quasi procurator vendidisset, obstrictum emptori.*

(3) Dig. XIX. 1, *de act. empti*, l. 11, § 16 et § 18.

(4) Bachofen. *Pfandrecht*, p. 561.

Mais ce texte ne prouve qu'une chose, c'est qu'on doit la tradition de la chose vendue par le créancier, comme en tous cas de vente, et que l'acheteur est traité ici d'après le droit commun. D'après cette théorie, comment l'acheteur deviendrait-il propriétaire autrement que par l'usucapion, et une telle conséquence aurait été à coup sûr signalée par les textes si elle avait été admise en pratique.

La théorie de Dernburg qui a été suivie par Jourdan (1) est sensiblement différente.

Ces auteurs enseignent que le créancier vend *jure suo*, *jure proprio*, c'est-à-dire qu'il tire de sa qualité de créancier elle-même, le pouvoir de transférer la propriété de la chose hypothéquée. Ils se basent d'abord sur un certain nombre de textes tels que ceux de Paul et de Papinien où il est dit : *Creditor jure suo pignus distrahit*, et *in venditione suum creditor negotium gerit* (2). Ils font ensuite remarquer les incompatibilités que nous avons déjà signalées entre le contrat de mandat et le *jus distrahendi*.

Ce système serait excellent si on avait pris la peine de nous expliquer ce *jus proprium* du créancier. Il faut bien remarquer, en effet, que le droit de vendre n'est pas, à Rome comme chez nous, un simple droit de provoquer la vente. En France, c'est le débiteur, le saisi

(1) Cf. Dernburg, *Pfandrecht*, p. 1 et Jourdan, *Hypothèque*, p. 327 et s.

(2) Paul (Dig. XX. 5, *De distr. pign.* l. 13). Papinien, (D. XIII, 7, *De pign. act.* l. 42)

qui transfère la propriété de ses biens aux adjudicataires. Il en était de même dans la *distractio bonorum*, voie d'exécution qui se développa assez tard en droit romain. Mais ici il faut bien comprendre que le vendeur c'est le créancier, c'est lui *non dominus* qui transfère la propriété qu'il n'a pas, qu'il ne peut même pas acquérir (1). Il cède donc à un autre plus de droits qu'il n'en a lui-même, ce qui ne peut se comprendre que dans la notion du mandat.

La théorie adverse reconnaît d'ailleurs que si l'on veut voir un mandat, dans la convention qui permet au créancier de vendre le gage, c'est un mandat bien extraordinaire, et qui suit des règles très spéciales. Mais ici encore, dit-elle, l'intérêt des créanciers a prévalu sur les règles de droit ; les parties ont cherché avant tout à obtenir le but désiré, sans se préoccuper de sauvegarder les principes juridiques, et le prêteur dont les réformes présentent toutes un but essentiellement utilitaire sanctionna cette violation du droit.

Il est probable qu'à l'origine cette clause constituait un mandat véritable, mais les règles de ce contrat ayant paru insuffisantes on leur en substitua de nouvelles, et, comme le dit M. Girard (2), « le développement de l'ins-

(1) Le créancier ne pouvait vendre à lui-même, au débiteur, aux créanciers postérieurs ou aux cautions (Marcien, D. XX, 5, l. 5, § 4). Modestin (*eod.* l. 6). Ces règles souffrent exceptions lorsque la vente a lieu aux enchères et au cas de *domini impetratio*. Sur cette dernière institution V. Jourdan, p. 563 et s.

(2) Girard, D. R. p. 756 n° 2.

titution brisa le moule dans lequel elle s'était formée

Nous ne prendrons pas partie entre ces deux opinions, nous réservant de trancher plus loin la question ; nous nous bornons à constater que dès son origine, le *jus distrahendi* forme un droit spécial, qu'il est impossible de classer nettement, et que les jurisconsultes ont tâché de justifier par force, parce qu'il avait une raison d'être qui triomphe de tout : la nécessité.

B. Le pacte de vente se sous-entend.

Quand la clause de vente eut été admise avec les effets que nous venons de parcourir, elle constitua pour le créancier un tel avantage, que tous les [praticiens, tous les *tabularii* qui étaient les notaires de cette époque l'inscrivirent dans les conventions d'hypothèque ; elle devint si habituelle qu'elle forma une clause de style, et moins de deux siècles après la généralisation de l'hypothèque, Ulpien lui appliquait l'idée que les clauses de style se sous-entendent : *Sed etsi non convenerit de distrahendo pignore, hoc tamen jure utimur ut liceat distrahere si modo non convenit ne liceat*, (Dig. XIII, 7, *De pign. act.* 4).

Sous le règne d'Alexandre Sévère, qui marque la fin de la période classique, le droit de vendre devint un effet direct de la convention hypothécaire, qu'il ne faut pas confondre avec le droit réel d'hypothèque. En d'autres termes, tout débiteur qui avait consenti une hypothèque sur ses biens, était censé avoir autorisé son créancier à

vendre son gage. C'était admettre la convention tacite.

Jusque-là les jurisconsultes avaient hautement déclaré que la vente par le créancier qui n'a pas obtenu ce droit par une clause expresse constituait un véritable *furtum* (1).

Lorsqu'on admit la possibilité d'une clause de vente tacite, les gens peu experts en droit durent s'habituer à voir dans le *jus distrahendi* un effet direct de l'hypothèque. Cependant, les jurisconsultes avaient bien émis cette idée que si le droit de vente existe, c'est qu'on suppose une convention des parties à cet égard, convention si courante, qu'il est à peine besoin de l'exprimer ; mais si l'on trouve dans le contrat une clause qui écarte le *jus distrahendi*, le créancier devra se contenter de la simple possession du gage.

Un assez long espace de temps s'écoula sans amener de changement bien notable dans la nature de la convention expresse ou tacite de vente. On établit cependant une différence dans les conditions de la vente entre le cas de pacte exprès et celui de pacte tacite. Dans le premier, le créancier peut vendre dès que la dette est exigible, sans avoir à prévenir son débiteur. Dans le second, comme la volonté des parties offre quelque incertitude, le créancier doit envoyer trois avertissements préalables au débiteur avant d'aliéner (2).

(1) Sous Domitien et Trajan. Javolenus, D. XLVII, 2, *De furtis*, 74. Gaius, *Inst.* 2 64. Sous Hadrien Pomponius, D. XIII, 7, *De pign. act.* 4).

(2) Paul. Sent. II. 5, 1 et aussi une Const. de Dioclétien C. V. 37,

Mais peu à peu, on considéra le *jus distrahendi* comme tellement nécessaire à la sûreté des créanciers, que la clause prohibitive elle-même ne fut pas respectée, et on se contenta de l'assimiler au cas d'absence de clause expresse, en exigeant ici encore les trois sommations préalables au débiteur.

L'époque exacte de cette dernière réforme est difficile à déterminer. Nous la trouvons exprimée par Justinien, mais elle devait être admise depuis assez longtemps puisque les compilateurs l'ont attribuée à Ulpien dans un texte qui a certainement été interpolé (1).

De adm. tut. 18 et *livre Syro. Romain ed. Bruns-Sachan*, p. 28, 39, 145. Les textes montrent aussi qu'on annonçait la vente par voie d'affiches (C. VIII, 27, *De distr. pign.* 4, D. XLIII, 10, *De injur.* l. 15, § 32.) Leur absence n'influa pas sur la validité de la vente (C. VIII, 27-7). Mais on ne parle nulle part d'une dénonciation de la vente aux créanciers postérieurs. Nous ne savons rien non plus sur l'époque à laquelle devaient se faire les dénonciations et sur les intervalles qui devaient les séparer. Bartole pensait, et son opinion a été suivie par la plupart des modernes, notamment par Jourdan (p. 522) que c'était une question de fait laissée à l'appréciation du juge qui décidait si le créancier n'avait en rien manqué à la bonne foi. — D'autres auteurs croient, sans grand fondement, qu'il y avait entre chaque dénonciation un délai de 10 jours par analogie de celui qui séparait les trois édits du prêteur contre les contumax. Enfin, il y avait peut-être un moyen d'escamoter les sommations, moyen condamné par la glosse *ad leg.* 4, *De pign. act.* XIII, 7, et qui consistait à crier au débiteur par trois fois, *solve, solve, solve*.

(1) Dig. XIII, 7, *De pign. act.* 4 « nisi ei ter fuerit denotiatum ut solvat et cessaverit ». L'interpolation de ce texte est admise par de nombreux auteurs, notamment par Windscheid, 1, § 235, n° 2, sur les considérations suivantes :

1° La Const. de Gordien (C. VIII, 27, 7) subordonne encore la va-

Justinien fit d'ailleurs d'autres réformes à ce sujet. Il n'était pas logique que l'absence de clause produisit le même effet que la prohibition de vendre (1). Il décida, que si les parties n'ont rien dit, un seul avertissement sera nécessaire et que la vente pourra avoir lieu deux ans après : *Si nulla pactio intercesserit, licentia dabitur feneratori ex denuntiatioe post biennium eam vendere.* (C. VIII, 34, l. 3, § 1). Dans le cas d'une clause prohibitive, les anciennes règles persistent, il faudra toujours trois dénunciations suivies d'un intervalle de deux ans pour procéder à la vente.

SECTION II

Explication du droit du créancier d'être payé par préférence sur le prix.

Les Romains, en donnant au créancier un droit à la possession du bien engagé, avaient envisagé l'hypothèque

lité de la vente au défaut de clause contraire. De même les textes de Paul et le livre *Syro Romain*, p. 756, n° 1, exigent trois sommations au cas d'absence de clause expresse.

2° Le texte est incorrect, et semble avoir exigé une dénonciation au créancier *creditur obligatur nisi.....*

D'autres auteurs, notamment M. Kohler, *Pfandrechtliche Forschungen*, p. 65-68, admettent l'authenticité du texte mais croient qu'il ne validait pas la vente, et écartait seulement les peines du *furtum*. (Cf. Girard, l. c. p. 755 n° 3).

(1) Cf. Vernet, *Théories des obligations*, p. 91.

en qualité de droit sur la chose. Si on la considère comme pure garantie, on peut se faire de cette sûreté une idée bien différente, par le raisonnement suivant. Le patrimoine du débiteur se compose d'un ensemble de droits, qui ont tous une valeur ; et en engageant un bien déterminé, le débiteur est censé dire : Si je ne vous paie pas de mon plein gré, avec une valeur prise à mon choix dans mon patrimoine, vous serez payé sur la valeur particulière que représente la chose que je vous assigne comme sûreté. Cette idée plus élevée de la garantie réelle, les Romains l'ont eue ; et leur esprit de logique les a gardés d'une confusion, entre l'engagement de la chose elle-même et l'engagement de sa valeur. Ils ont parfaitement distingué la convention permettant au créancier de mettre la main sur le bien engagé, qui seule forme l'hypothèque, et celle qui autorise ce même créancier à faire apparaître la valeur de ce bien et à l'employer à l'extinction de sa créance.

Le droit de vendre, dont nous nous sommes déjà occupés, n'est que le pouvoir accordé au créancier de fixer et rendre sensible la valeur de la chose qu'il retient en vertu de son hypothèque.

Mais ni le droit de vente, ni l'hypothèque ne lui donnent l'avantage de garder le prix qu'il touchera, par préférence à tous autres, et de se payer ainsi de ses propres mains.

§ I. — *Nature du droit du créancier sur le prix.*

Le pacte de vente adjoint à l'hypothèque contenait, d'après nous, et nous allons le démontrer, un engagement spécial de ce prix, dans une forme appelée plus tard *pignus nominis*, et qui n'est autre, à notre avis, qu'une cession de créances.

Cette étude nous permettra de déterminer exactement en quelle qualité le créancier vendait le gage, question sur laquelle nous avons réservé notre opinion, dans la section précédente.

Pour établir entre la cession de créances et le pacte de vente adjoint à l'hypothèque une corrélation étroite (nous n'osons pas dire une identité, car il y a eu forcément entre les deux institutions une différence de but), il nous faut rappeler les moyens employés par les Romains à cette époque pour arriver à céder une créance. Si nous retrouvons dans le pacte de vente tous les caractères du pacte de cession, nous pourrions conclure avec quelque raison à l'identité de nature des deux moyens juridiques.

A. Analyse de la cession de créances.

« Nous voyons, dit M. Gide dans son remarquable « traité de la novation (1), la loi romaine confondre sous

(1) Gide, *La Novation*, p. 273.

« le même nom et sous des règles communes deux faits
« entre lesquels il n'existe pas, de nos jours, la moindre
« analogie, l'action intentée contre un débiteur par le
« cessionnaire de la créance, l'action intentée contre un
« débiteur par le mandataire du créancier... Cependant
« ces deux situations si dissemblables, la loi romaine les
« rapproche ; elle fait plus, elle les identifie. »

En effet, tout le monde sait que les Romains réalisaient la cession de créances au moyen d'un mandat. Le cessionnaire et le mandataire qui sont désignés par les mêmes noms (1), agissent au même titre, se servent des mêmes actions. Il y a donc une des deux institutions modernes le mandat, ou la cession, que la loi romaine a ignorée. Bien des auteurs ont pensé que c'était le transfert des créances qui avait été inconnu à Rome ; nous croyons avec M. Gide que c'était au contraire le mandat moderne, la représentation. Les Romains ont bien pratiqué le mandat, mais d'une façon différente de la nôtre : tandis que chez nous le mandataire agit aux nom et place du mandant, à Rome, il agissait en son propre nom et pour son compte, et transférait ensuite au mandant le résultat de sa gestion. Il s'en suivait que pour mettre quelqu'un à même d'exercer en justice les droits d'autrui, on devait l'investir lui-même de ces droits, faire une novation (2) par changement de créancier, en

(1) Le cessionnaire était appelé *cognitor*, *procurator*, comme le mandataire.

(2) Mühlenbrück, *Die Lehre von der cession*, p. 45, observe que les jurisconsultes emploient souvent le mot mandat comme synonyme

sorte que mandat, cession et novation peuvent être synonymes.

La *procuratio in rem suam*, qui était le nom du mandat cession, avait pour but de faire passer la créance sur la tête du mandataire au moment de la *litis contestatio*, laquelle, comme chacun sait, opérait une novation. *Procurator lite contestata dominus litis efficitur* (1). Pour arriver à ce but, on employait une formule spéciale dont l'*intentio* était au nom du cédant, et la *condemnatio* au nom du cessionnaire : *Si paret N. N. Titio Sester. X, milia dare oportere, iudex N. N. Mævio Sester. X, milia condemna.*

Mais pour obtenir cette formule, pour décider le débiteur à le suivre en justice, où la novation s'opérait, le mandataire devait assurer à ce débiteur qu'il ne serait pas poursuivi à nouveau par son vrai créancier. C'est dans ce but que l'on employa successivement les trois moyens suivants :

D'abord le cédant appelait son débiteur en justice, et lui déclarait solennellement qu'il chargeait le cessionnaire de le poursuivre en justice. C'était la constitution solennelle du *cognitor* : *Quod ego tecum agere volo, in eam rem Lucium Titium cognitorem do* (2).

de novation « Per procuratorem nec liberare, nec liberari quisquam sine mandato potest. » D. XLI, 2, l. 3). *Sine mandato* pour *sine novatione*.

(1) Cf. Dig. XLIV, 4, *De dol. excus.* l. 11. l. 4. — Cod. II, 13, *De procur.* l. 22 et 23. — Gaius, IV, 97.

(2) Gaius, IV, 83.

Plus tard, le cessionnaire se contenta d'appeler directement en justice le débiteur cédé et de lui donner caution qu'il ne serait pas poursuivi à nouveau. Par là le cessionnaire se constituait *procurator*.

Enfin, à l'époque d'Ulpien, on abandonna tout formalisme, et la manifestation authentique de la volonté du créancier de céder ses droits à un cessionnaire fut admise sous des formes diverses, déclaration déposée au greffe du tribunal, *apud acta* ; libelle adressé au prince, notification au débiteur (1). Ulpien exprime très bien l'état du droit sur ce point à son époque, lorsqu'il dit que le cessionnaire doit être vraiment *procurator*, c'est-à-dire agir d'après la volonté du cédant ; sans qu'il soit besoin d'autres formes. *Verum procuratorem in iudicium rem deducere verissimum est* (D. V. 1. *De. judi.* l. 56) (2).

Ainsi à l'époque d'Ulpien, la cession de créances se réalise en définitive par simple convention, et cette convention est un mandat. Mais entendons bien qu'à Rome, le mandat investit le *procurator* des droits qu'il exerce, c'est en son propre nom qu'il agit.

Jusqu'ici nous n'avons noté aucune différence entre la *procuratio* ordinaire et la *procuratio in rem suam*.

Cependant, si nous comparons l'idée de mandat à l'idée

(1) Cf. sur ces diverses façons de manifester la cession fr. Vat. 317. Dig. XLVI. 8. *ratam rem hab.* l. 24, — et D. 411, 3, *De procur.* l. 63.

(2) Nous n'insistons pas sur ces transformations dont l'étude demanderait un long développement. Nous renvoyons sur ces points à Gide, *loc. cit.* p. 28, 287.

de cession, nous voyons immédiatement s'élever en notre esprit deux divergences profondes entre les deux situations.

Quand je charge un ami d'agir pour moi, tout en voulant garder le bénéfice de mes droits, je demande un service, et le contrat que je passe ne présente d'intérêt que pour moi. On comprend donc que je puisse à ma volonté résilier ce contrat, cesser de demander un service à mon ami. Si au contraire je cède mes droits à un tiers pour qu'il les réalise et qu'il en garde le bénéfice, je fais un contrat dans lequel le tiers est intéressé, et je ne pourrai plus à mon gré briser nos conventions. D'autre part, si je veux établir un simple mandat, je conviendrai du mandataire qu'il me transférera le bénéfice de ses opérations. Tandis que si je veux faire une cession je promettais de ne rien réclamer à mon *cognitor*.

Toutes les différences de la *procuratio in rem alienam* et de la *procuratio in rem suam* découlent de ces idées.

Et d'abord, avant la *litis contestatio* le cessionnaire a des droits moins fragiles que le vrai mandataire. Certains auteurs ont soutenu le contraire, mais il suffit d'appliquer leur doctrine pour voir à quelles conséquences inadmissibles elle conduit.

« Supposons, dit M. Gide, que je vous aie vendu non « pas ma créance mais mon bois ou mon champ. Le « contrat signé, je vous dis : Voici mes titres, vous « pourrez, quand vous le voudrez, vous mettre en possession. Prétendra-t-on que c'est là un mandat que je

« vous donne, et qu'il faut vous traiter comme un man-
« dataire? Non, assurément. Et bien! changeons notre
« hypothèse: ce n'est plus mon bois ou mon champ que
« je vous ai vendu, c'est ma créance. Le contrat signé je
« vous dis: Voici mes titres; vous pourrez quand vous le
« le voudrez vous saisir de ma créance, et poursuivre
« en justice mon débiteur. Pourquoi s'il n'y a pas man-
« dat dans l'hypothèse précédente y aurait-il mandat dans
« celle-ci? »

Concluons donc en disant. Les Romains ont revêtu de la même forme juridique deux opérations très différentes, le mandat et la cession. S'ils emploient les mêmes termes de *procurator*, *mandata actio* dans les deux cas, c'est que parmi les personnes qui agissaient *alieno nomine*, il y avait plus de mandataires que de cessionnaires, et l'on a choisi pour les désigner tous la dénomination qui convenait le mieux au plus grand nombre (1).

• Il ne faut pas dire pour cela que le droit romain n'a pas distingué entre les *cognitores* et les *procuratores* ceux qui agissaient sans intérêt propre et ceux qui avaient le droit de conserver les avantages qu'ils réclamaient en justice. Le jurisconsulte Paul est très explicite à ce sujet, lorsqu'il nous dit (Dig. III, 3, *De procur.* l. XLII, § 2) :

(1) Il faut remarquer du reste que le mot *cognitor* n'implique aucune idée de mandat. Quant aux mots *procurator* et *mandare*, ils n'ont pas en langue latine le sens des mots français correspondants. Le *procurator* est celui qui agit à la place de quelqu'un, à quelque titre que ce soit et *mandare* signifie livrer (*manu dare*). Cf. Freund, *Dic. latin traduit par Theil*.

Ea obligatio quæ inter dominum et procuratorem consistere solet, mandati actionem parit. Aliquando tamen non contrahitur obligatio mandati, sicut evenit quum rem suam procuratorem præstamus, eoque nomine judicatum solvi promittimus. Nam si ex ea promissione aliquid præstiterimus, non mandati, sed ex vendito si hereditatem vendidimus, vel ex pristina causa mandati agere debemus, ut fit cum fidejussor reum procuratorem dedit.

Nous dirons encore : la constitution d'un *procurator in litem* n'est que la conséquence et l'exécution d'un contrat antérieur, une vente par exemple, de sorte que le *procurator* est en réalité un acheteur. Et le traitant comme tel nous déciderons : 1° que son droit est irrévocable ; 2° qu'il ne s'éteint ni à sa mort, ni à la mort du *dominus litis* ; deux solutions qui s'appliquent en effet au *procurator in rem suam*.

On fait à cette théorie une grave objection. Si le droit du cessionnaire est définitif, s'il ne peut s'éteindre par une révocation du *procurator*, ou par la mort de l'une des parties, comment expliquer qu'il y ait des cas où les textes disent formellement que l'*A. mandata* ne peut être intentée et que l'on doit secourir le cessionnaire par une action utile(1) ?

Il n'entre pas dans le cadre de notre thèse de discuter

(2) Le texte le plus cité est la Const. de Gardien. C. IV. 40, *De oblig. et actio*, l. 1. Cf. son commentaire dans Cujas. *Observat.* II, 31. Doneau, LXVC, 44, n. 17. Gide, *loc. cit.* p. 294 et s. Cf. l'opinion contraire dans Muhlenbruch, *loc. cit.* n. 346 et 364. Schmid, *Grund-lehren der cession*, t. II, p. 53.

un à un ces différents textes ; du reste, ce travail a été fort bien fait. Qu'il nous suffise de dire, que l'*A. mandata* était souvent impossible parce que sa formule devait contenir des énonciations qui parfois, ne pouvaient y être insérées.

Nous avons suffisamment montré que le cessionnaire et le mandataire romains n'avaient pas les mêmes droits avant la *litis contestatio*. Il en sera de même après. Lorsque le procès a été lié, et que le *procurator* est devenu *dominus litis*, il a logiquement tous les droits du véritable titulaire de la créance(1). Mais le prêteur va intervenir pour réduire ces droits de maître lorsque le *procurator* est un simple mandataire, tandis qu'il laissera au *procurator* cessionnaire les droits dans toute son étendue. Ainsi il paralyse l'*A. judicati* du mandataire par une exception (2) et il permet même dans certains cas (*cognita causa*) au mandant de révoquer son mandataire (3). Ainsi encore le mandataire peut exercer les privilèges de son mandant, et non les siens propres ; on peut lui opposer les exceptions personnelles au mandant et son dol ; contrairement aux règles admises pour le *procurator in rem suam*.

Telles sont les principales règles de la cession de créances au commencement de l'époque classique. Nous les avons rappelées très brièvement, et nous nous sommes

(1) Dig. XLIV, 4, *De exc. doli* l. 11. — XLIX, 1, *De appel*, l. 4, *in fine*.

(2) Dig. III. 3. *De procur.*, l. 27 et 28.

(3) Dig. *eod. tit.*, l. 16 et 17.

efforcés de ne parler que des questions qui présenteront pour nous quelque utilité. Nous ne voulons pas soutenir que le droit de vendre le bien hypothéqué a été formé d'une combinaison quelconque issue de la cession de créance. Nous voulons seulement analyser ce pacte adjoint, et montrer qu'il s'est développé de la même façon, qu'il est de la même nature que la *procuratio in rem suam*. Celle-ci n'a pas été la source du pacte de vente, mais un développement parallèle du droit.

B. Analyse du droit de vente du créancier et son identité
de nature avec la cession de créance.

Analysons maintenant la convention par laquelle le débiteur permet à son créancier hypothécaire de vendre le gage s'il n'est pas payé à l'échéance.

Titius a concédé une hypothèque à Mœvius, et il a ajouté au pacte d'hypothèque la convention suivante : « Lorsque vous serez en possession du bien engagé, vous pourrez réaliser sa valeur en consentant pour moi une vente. » Les jurisconsultes parlant de ce pacte nous disent, c'est un mandat. Sans doute, mais ce mandat contient une cession de créances, c'est une *procuratio in rem suam*; en d'autres termes, c'est une cession du droit de vente du propriétaire et par conséquent de la créance du prix.

Cependant, cette interprétation ne va pas sans difficultés, et comme nous ne l'avons rencontrée nulle part, il nous faut l'établir en faisant ressortir les ressemblances et en expliquant les différences qui existent entre les deux institutions.

Et d'abord le mandat irrévocable, le mandat-cession explique seul les termes dont se servent les jurisconsultes romains pour qualifier le droit du créancier.

Nous avons vu que les textes (1) traitaient le créancier vendeur de *procurator*, et disaient aussi qu'en procédant à la vente il agissait *jure proprio*. Ces termes opposés ont donné naissance à deux théories que nous avons développées. Il serait permis de croire, à la rigueur, que la controverse élevée entre les auteurs modernes existait déjà à l'époque classique ; mais nous trouvons dans les écrits d'un jurisconsulte tel que Paul, les deux opinions accolées l'une à l'autre. En effet, après nous avoir dit : *Quod creditor agit pro eo habendum est ac si debitor per procuratorem egisset* (D. X. 2 *fam. ercisc.* l. 29), il écrit ailleurs : *Jure suo pignus distrahit* (D. XX, 5, *De distr. pign.*, l. 13). Il faut conclure, si l'on ne veut pas faire injure au bon sens de Paul, que le créancier vendeur, quoique *procurator*, vendait *jure suo* ; or, il n'y a qu'un mandataire spécial qui fait son affaire propre, c'est le *procurator in rem suam*, c'est un cessionnaire.

Nous avons remarqué aussi que les solutions admises

(1) Cf. les différents textes cités à la S. I. du présent chapitre.

dans la vente du bien hypothéqué choquaient bien des règles du mandat. Si nous considérons le créancier comme un cessionnaire, toutes les difficultés disparaissent. Ainsi, on comprend très bien dans cette hypothèse, que le créancier vende malgré l'opposition de son débiteur, ou même après que celui-ci a perdu la propriété, parce que ce dernier a cédé son droit de vendre, il s'en est dépouillé au profit d'un autre (1). On comprend encore qu'il ne doive garantir à l'acheteur que la validité de la cession, et que, au cas d'éviction, il ne soit poursuivi ni en indemnités, ni en restitution du prix parce qu'il n'a jamais été propriétaire de la chose, et qu'il n'est pas non plus simple *procurator*. Dans tous ces cas, le créancier dont les droits auraient été violés, dira à son débiteur : « Vous m'aviez donné mandat de chercher un acheteur, et de traiter pour vous, vous aviez promis de garantir la vente que je consentirai ; mais en prenant ces engagements, vous n'agissiez pas dans votre seul intérêt, vous me donniez en réalité une sûreté plus grande ; en vendant j'ai agi en votre nom, mais j'ai fait ma propre affaire. Vous ne pouvez donc pas à votre gré briser le pacte qui nous unit. »

Le langage des jurisconsultes, et les règles certaines

(1) Il ne faut pas conclure de là que le débiteur perd complètement le droit d'aliéner. En effet, la cession de son droit de vente est faite à titre de garantie. Les aliénations qu'il consentira seront donc maintenues si on n'invoque pas contre elles cette garantie. Or, ce cas se produira chaque fois que le débiteur ou le tiers détenteur auront payé la dette.

de la vente par le créancier, s'accordent donc pour nous montrer dans le pacte qui nous occupe une *procuratio in rem suam*.

Examinons maintenant les objections que l'on peut faire à notre manière de voir.

On peut dire : La *procuratio in rem suam* est une *procuratio in litem*, c'est un mandat par lequel on charge un ami de poursuivre quelqu'un en justice ; et le droit ne se fixe sur la tête du cessionnaire qu'au moment de la *litis contestatio*. On peut admettre que d'assez bonne heure, lorsque cet ordre de poursuivre était le résultat, l'exécution d'un contrat préalable le *procurator in litem* ait eu avant la *litis contestatio* un droit irrévocable. Mais le mandat de vendre le bien hypothèque n'est pas une *procuratio in litem*. De plus, il ne s'appuie pas sur un contrat mais sur un pacte, sur une convention de garantie réelle. Or, les auteurs qui abondent le plus dans notre sens, refusent dans ce cas un droit irrévocable au *procurator*.

Ainsi, M. Gide nous dit : « Pour que le cessionnaire
« ait un droit irrévocable, il faut que la convention con-
« clue entre lui et le cédant constitue un véritable con-
« trat. S'il n'est intervenu qu'un simple pacte entre le
« cessionnaire et le cédant, le droit du cessionnaire
« sera révocable ; car un pacte, aux yeux des juriscon-
« sultes romains, n'était qu'un simple projet tant qu'il
« n'avait pas été converti en stipulation ou exécuté par
« l'une des parties. Si, par exemple, je conviens avec

« vous d'échanger ma créance contre la vôtre, je pour-
« rai me dédire et rompre le pacte, tant qu'il n'y aura
« pas eu, soit de votre part, soit de la mienne, novation
« ou *litis contestatio*. »

Qu'y a-t-il derrière cette procuration à l'effet de vendre le bien hypothéqué, sinon un gage, disons mieux, une hypothèque du prix. Puisque ce gage ou cette hypothèque ne sont constatés que par un pacte, puisque il n'y aura pas de *litis contestatio*, comment le créancier pourra-t-il acquérir un droit définitif en vertu de sa *procuratio in rem suam* ?

Ce raisonnement comprend deux objections distinctes. Nous répondrons à la première en disant : *La procuratio in rem suam* n'est pas forcément *in litem* (1). Il est vrai qu'on l'envisage la plupart du temps sous cet aspect, parcequ'elle constitue alors une cession de créances, dont les règles sont très délicates et ont préoccupé beaucoup les jurisconsultes. Mais à proprement parler, la *procuratio in rem suam* comprend tout mandat fait dans l'intérêt du mandataire, et nous croyons que la constitution d'un procurator avait des effets aussi énergiques lorsqu'il n'avait pas pour but unique de faire paraître le mandataire dans une instance.

(1) Beaucoup d'auteurs ne voient dans la *procuratio in rem suam* qu'une *procuratio in litem*. Cependant Mühlenbrüch admet qu'elle peut avoir pour but de permettre au mandataire de contracter à ses risques *alieno domino* avec un tiers. Il nous dit que les *procuratores* sont ceux *qui alieno quidem nomine, suo tamen periculo, aut agunt aut conveniuntur*. *Doctr. Paudect.*, p. 123.

Nous disons plus. Le mandat *in rem suam* qui n'était pas *in litem* a dû apparaître le premier dans la législation romaine, où le principe de la représentation était inconnu. En effet, on a dû admettre plus facilement une personne à agir *alieno domine* dans un acte juridique tel que la vente que dans un acte judiciaire comme la *litis contestatio*.

Nous pensons donc qu'à Rome, on a employé d'abord la *procuratio in rem suam* pour permettre de contracter au nom d'autrui, mais pour son propre avantage, et le pacte de vente joint à la convention d'hypothèque est une de ces applications. C'est par une analyse plus approfondie que l'on est arrivé plus tard à céder par ces moyens de simples créances, c'est-à-dire le droit de poursuivre un tiers en justice. En effet, le cédant qui donne mandat de faire une vente par exemple, permet à son cessionnaire de transformer le droit de propriété de l'objet vendu en la créance d'un prix, et de poursuivre la réalisation de cette créance. Mais si le propriétaire a fait lui-même cette transformation, cet échange entre la propriété et la créance, pourquoi ne pourrait-il pas charger un cessionnaire de réaliser celle-ci. On s'est aperçu que le mandat de vendre contenait en réalité une cession de la créance du prix et on a autorisé celle-ci toute seule. Comme la *procuratio in rem suam* a trouvé là un vaste champ d'application, on a été amené à dire qu'elle n'avait pas d'autres domaines. Mais nous pouvons dire que le pacte de vendre, quoique plus compliqué restait

tout de même une *procuratio in rem suam*, car il effectuait une véritable cession de la créance éventuelle du prix.

La seconde objection se résume en cette proposition : En accordant que le pacte de vendre soit une *procuratio in rem suam*, comment admettre, puisqu'ici elle ne constitue pas un vrai contrat, qu'elle puisse donner au créancier hypothécaire un droit irrévocable ?

Nous répondrons à cela, en citant le savant auteur des études sur la novation, dont l'opinion donnée plus haut paraît nous être si défavorable.

« Nous rencontrons, dit M. Gide, dans l'époque « classique de la jurisprudence, trois cas où le simple « consentement suffit pour transférer la propriété « ou conférer un droit réel; dans ces trois cas, le consentement suffit aussi pour opérer le transfert des « créances. »

Or, l'un de ces trois cas est celui où une créance est non plus transférée, mais cédée en hypothèque. Cette cession à titre de gage s'est appelée *pignus nominis*, et le simple consentement suffisait pour le constituer. Il y a lieu de s'étonner que la jurisprudence romaine ait admis que la *procuratio in rem suam* formant cession d'une créance à titre de gage ait conféré un droit irrévocable dès que le pacte est intervenu entre les parties. Et l'admission d'une pareille exception ne nous paraît explicable que par l'existence antérieure d'une exception de même nature en faveur de l'hypothèque ordinaire.

Si l'on a admis que le pacte d'hypothèque sur une créance, qui est une véritable *procuratio in rem suam*, donne des droits irrévocables dès sa formation, c'est que, à notre avis, le pacte de vendre le bien hypothéqué, qui était aussi une *procuratio in rem suam*, donnait déjà au cessionnaire des droits irrévocables dès qu'il était formé. On peut nous reprocher d'expliquer deux exceptions l'une par l'autre, et de ne pas justifier la première en date. Aussi invoquerons-nous en sa faveur une autre considération.

Nous savons d'une façon tout à fait certaine que le *jus possidendi*, qui est l'hypothèque même, se conférait par simple consentement. Or, la cession du droit de vendre n'est en fait que l'engagement de la valeur du bien hypothéqué. Il est tout naturel que cet engagement se forme comme celui de la chose même, par simple convention. D'après nous, le principe indiscutable de la constitution du droit réel d'hypothèque par simple pacte a entraîné les Romains à admettre sous la même forme le transfert à titre de garantie d'un attribut de la propriété, le droit de vendre et plus tard la cession des créances en hypothèque.

Après cette longue discussion, il nous paraît possible de conclure avec quelque certitude sur les points qui nous embarrassaient :

Le pacte adjoint à la convention d'hypothèque est un mandat, fait dans l'intérêt du mandataire. Il réalise une cession de la créance du prix, et en cela il présente

tous les caractères de la *procuratio in rem suam*, mais comme cette créance n'est pas encore née, il confère au créancier hypothécaire la prérogative de vendre qui lui permet de faire naître lui-même cette créance.

En vertu de quel principe de droit deviendra-t-il propriétaire des deniers, jusqu'à concurrence du montant de sa créance ? Il ne faut pas oublier en effet, que la cession n'est pas faite à titre de vente, mais de gage. Le créancier hypothécaire a un droit de rétention sur les deniers, comme il avait un droit de possession sur la chose.

C'est par là que le droit de vendre, et le *pignus nominis* diffèrent de la cession ordinaire. Celle-ci est faite à titre de vente, ou de donation, et en tous cas, le cessionnaire doit garder définitivement les avantages qui lui ont été concédés. Dans ce but, le mandat contient une clause lui permettant de ne pas rendre compte. Mais lorsqu'il s'agit d'une sûreté réelle, la cession du droit de vendre et le *pignus nominis* n'ont pas pour effet de procurer des droits définitifs au créancier. On ne lui cède que dans le but d'assurer le recouvrement de sa créance, et dans la mesure de ce qui lui est dû. Le débiteur dans la cession du droit de vente ne promet pas de ne demander aucun compte, il réclamera au contraire le prix de la vente par l'action *pigneratitum directa*, ainsi que le dit en propres termes Papinien (D. XIII, 7, *De pign. act.* l. 42). *Creditor judicio, quod de pignore dato propo-*

nitur ut superfluum pretii cum usuris restituat, jure cogitur (1).

Il faut en conclure que le créancier ne devient pas propriétaire du prix qu'il touche, et si le débiteur ne lui réclame que le *superfluum*, c'est qu'il ne peut intenter l'*A. pigneratitia directa*, de même qu'il ne peut réclamer la possession du bien non vendu qu'après avoir éteint sa dette. Or, quand le débiteur a touché le prix, la dette ne sera éteinte que si l'on fait intervenir la compensation, et le débiteur l'invoque en ne réclamant que le *superfluum*.

Chez nous, on ne fait nullement appel à la compensation pour justifier le paiement des créanciers hypothécaires, mais à Rome, on ne voit pas d'autre explication plausible, et les textes semblent bien nous donner raison.

Ainsi Marcien parlant d'une créance donnée en gage dit que s'il est dû une somme d'argent, le créancier la recevra en compensation.

Siquidem pecuniam debet is, cujus nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum. (Dig. XX, 1, *De pignor.* l. 13, § 2 *in fine.*)

Paul, dans la même hypothèse est plus explicite encore.

Si convenerit ut nomen debitoris mei pignori tibi sit, tuenda est a Prætore hæc conventio, ut et te in exigenda pecunia, et debitorem adversus me, si cum eo experiar

(1) V. aussi Ulpien, Dig. *eod. tit.* l. 24, § 2.

tueatur. Ergo si id nomen pecuniarium fuerit exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicujus id, quod acceperis erit tibi pignoris loco (Dig. XIII, 7, *De pignor. act.*, l. 18).

Si l'on fait intervenir la compensation au cas de *pignus nominis* pour permettre au créancier de devenir propriétaire des deniers nous ne voyons pas de raison pour ne pas l'invoquer au cas d'une hypothèque ordinaire.

Dans la législation romaine, le droit sur le prix, qui chez nous fait partie de l'objet du droit de préférence, s'explique donc en dehors de cette notion par une cession de la créance du prix, faite dans la forme d'un mandat et à titre de gage. Le débiteur conserve le droit de demander compte, pourvu qu'il éteigne sa dette, en invoquant la compensation. C'est dans ce but qu'on lui accorde l'*A. pignoratitia directa*.

Nous avons vu fonctionner l'hypothèque et le droit de paiement sur le prix. Avec des notions bien différentes de celles que nous admettons, la législation romaine arrivait comme la nôtre au paiement du créancier sur la valeur du bien hypothéqué.

§ II. — *Droits des créanciers postérieurs.*

Nous avons fait abstraction jusqu'ici d'une question fort importante, dans le but de ne pas compliquer une

étude déjà bien aride. Lorsqu'il y a plusieurs créanciers hypothécaires quelle est l'étendue de leur droit de préférence, quel est son objet ?

Nous ne ferons qu'indiquer les droits principaux des créanciers postérieurs en insistant seulement sur ceux qui intéressent notre sujet.

On peut poser le principe suivant : Théoriquement, les créanciers postérieurs ont les mêmes avantages que le premier, mais ils ne peuvent les exercer à l'encontre de celui-ci.

Ainsi ils ont le *jus possidendi*, c'est-à-dire un droit à la possession préférable à celui du débiteur et de ses ayants-cause, mais ils sont exposés à succomber devant le créancier privilégié. Cette théorie n'est pas celle de tous les romanistes. Quelques-uns prétendent que le second créancier n'a qu'un droit conditionnel, qui ne pourra ressortir à effet qu'après le désintéressement du *prior creditor* (1).

Ils ont aussi le *jus distrahendi*, c'est-à-dire le droit de vendre, et l'aliénation qu'ils consentiraient serait va-

(1) Cf. Dernburg, *Das Pfandrecht*, c. II, § 160. Sintenis, 1, c. § 68. Cette théorie se base sur deux textes principaux, l'un d'Africain (D. XX, 4, l. 9, § 3 c. qui vise une hypothèse spéciale où deux créanciers n'ont ni l'un ni l'autre une véritable hypothèque ; le second de Gaius (D. XX, 1, l. 14 § 2) qui indique seulement qu'on pouvait convenir que la 2^e hypothèque porterait sur l'excédant de la valeur ou sur la totalité de la chose, lorsqu'elle serait affranchie de la 1^{re} dette. Cf. en notre sens. Maynz, *Dr. Rom.* 1, § 250. Van Wetter, *Dr. Rom.* 1, § 166. Wangerow, 1, § 388. Jourdan, *loc. cit.*, p. 637 et 1. Girard, *loc. cit.* p. 746.

lable (1). Seulement le premier créancier peut l'attaquer, et l'acheteur évincé se retournera contre son vendeur qui doit garantir *se esse potiozem cæteris creditoribus*.

Mais le créancier postérieur n'osera jamais dans ces conditions, ni se faire mettre en possession ni vendre le bien hypothéqué. Il sera donc réduit à attendre le bon plaisir du premier créancier qui ne se décidera peut-être à vendre que fort tard.

La loi romaine avait prévu cet inconvénient, et donnait au créancier le moyen d'y échapper en lui permettant de s'assurer la plénitude des avantages du droit de préférence.

Elle avait créé dans ce but un droit spécial, le *jus offerendæ pecuniæ*, grâce auquel il succèdera au premier créancier et sera subrogé dans tous ses droits. Mais s'il n'use pas de cette faculté il devra subir les conséquences de la mise en possession et de la vente faite par le premier créancier.

C'est ainsi que la vente du bien engagé éteindra son hypothèque. En effet, tandis que le créancier postérieur pouvait toujours obtenir la possession à l'égard d'un créancier de rang supérieur grâce au *jus offerendi*, il ne pourra plus la réclamer à l'acheteur qui répondra victorieusement à l'A. quasi servienne par l'exception *nisi ab*

(1) Dernburg, *loc. cit.* § 160, n° 3, a soutenu que la vente faite par le second créancier est radicalement nulle. Il argumente d'un texte (D. XX, 3. *De dist. pig.* l. 3, § 1), où il s'agit d'une vente consentie par le débiteur non par le créancier.

eo res empta est cui ante erat obligata. L'acheteur n'est pas, comme on l'a soutenu aux lieu et place du créancier premier en rang, il n'y a pas ici de *successio in locum* (1). Il est propriétaire de la chose, propriétaire qui a contracté avec celui-là seul qui pouvait vendre ; voilà pourquoi Papinien nous dit : *cum prior creditor pignus jure conventionis vendidit, secundo creditori non superesse jus offerendæ pecuniæ convenit* (Dig. XX, 5, *De distrah. pign.* l. 3 pr.).

Quelle est donc la situation du créancier inférieur en rang, lorsque le bien a été vendu ?

A notre avis il n'a plus d'hypothèque sur la chose. En droit français nous disons que la vente purge l'immeuble. Une pareille notion est étrangère au droit romain qui se contentait de paralyser le droit des créanciers. On a conclu de là que l'hypothèque n'était pas éteinte, mais inefficace sur la chose et on a dit à tort qu'elle se reportait sur le prix. Voilà pourquoi l'on a tant disputé sur la nature de l'action accordée aux créanciers inférieurs pour réclamer le *superfluum*, le surplus du prix, lorsque le premier créancier a été désintéressé.

La glose (2) y voyait une action *in factum*, à l'imitation de l'action quasi servienne, et Cujas (3) dont l'opinion a été suivie par Bachofen (4) enseigne qu'il s'agit-

(1) Cf. en notre sens Jourdan, *loc. cit.*, p. 742.

(2) Glose, X, h. l.

(3) Cujas, *Ad fr.* 3 pr. *D. qui potior.*

(4) Bachofen, *Pfandrecht* S. 492.

sait ici d'une action hypothécaire utile. D'autres auteurs enfin pensent à une *condictio ex lege*. Mais ces opinions sont des hypothèses gratuites, qui dérivent toutes de cette idée que l'hypothèque a été transportée sur le prix.

Aujourd'hui la majorité des romanistes (1) admet que le créancier postérieur réclame l'*hyperocha* par l'action *pigneratitia in personam directa utilis*, et nous allons voir que cette solution confirme notre manière d'expliquer le droit sur le prix. Quel que soit le rang de l'hypothèque, elle est toujours concédée de la même manière ; elle est toujours formée par deux pactes, l'un produisant le droit réel d'hypothèque, l'autre le droit de vendre. Or, la vente rend tout à fait inefficace le droit réel pour les créanciers postérieurs. Nous accordons bien qu'il ne disparaît pas d'une façon absolue comme chez nous ; il n'est éteint qu'*exceptionis ope* et renaîtrait au cas très improbable où le bien retomberait dans les mains du débiteur, mais c'est là une imperfection des moyens employés à Rome, et non un effet voulu (2).

Si les créanciers postérieurs ont un droit sur le prix, ce n'est donc plus en vertu de leur hypothèque, mais grâce à la cession du droit de vente.

Or, nous l'avons vu cette cession comprenait non seulement le pouvoir de contracter, mais celui de toucher

(1) Cf. Dernburg, II, p. 488. Jourdan, p. 661. Girard, p. 757, n° 5.

(2) Aussi quelques constitutions impériales (Code VIII, 18. *Qui potior*, l. 6, VIII. 20. *Si antiquior*, l. 4), emploient des expressions qui semblent indiquer que l'A. hypothécaire est absolument éteinte.

le prix. Le premier créancier seul peut faire la première opération, mais lorsqu'il a compensé sa créance avec une partie du prix, c'est le second créancier qui a la plénitude des droits ; il peut toucher à son tour les deniers, et il les réclamera par la même action que le débiteur lui-même, l'*A. pignoratitia in personam directa* dont la cession à titre de gage a été comprise dans le *jus distrahendi*.

M. Jourdan (1) exprime une opinion qui nous paraît critiquable. « Sur quoi porte, dit-il, le droit hypothécaire du créancier Secundus ? Sur une somme d'argent due par Primus au débiteur ; c'est un *pignus nominis* et nous savons que, dans ce cas, le créancier n'est qu'un cessionnaire de l'action du débiteur. Primus ne doit donc payer qu'entre les mains de Secundus, si celui-ci a fait connaître son droit hypothécaire. » Cela semble indiquer que le premier créancier a seul une hypothèque sur le bien, les autres une hypothèque sur l'*hyperocha*. Cela est faux à notre avis. Tous les créanciers ont une hypothèque sur la chose, et tous sont cessionnaires du droit de vendre à titre de garantie. Et cette cession du droit de vendre contient en effet une cession de créance, un *pignus nominis* qui est plus apparent chez les créanciers postérieurs mais qui existe également au profit du premier. Quand celui-ci touche le prix de l'acheteur, c'est en qualité de cessionnaire.

(1) Jourdan, *loc. cit.*, p. 661.

Nous avons fort peu de renseignements sur la procédure d'ordre à Rome ou plutôt sur ce qui la remplaçait. Le premier créancier jouait le rôle de l'adjudicataire moderne ou de notre caisse des dépôts et consignations. Mais y avait-il des délais accordés aux créanciers postérieurs, y avait-il pour eux une déchéance de leurs droits ? Nous l'ignorons. M. Pellat donne une analyse des opérations qui s'effectuaient normalement : « Quand le premier créancier a vendu et s'est payé sur le prix sans l'épuiser entièrement, celui qui le suit, et qui se trouve actuellement en première ligne peut réclamer l'excédant et se payer à son tour là dessus. Vient maintenant le créancier le plus proche, et ainsi de suite jusqu'à l'épuisement du prix (1).

On voit par là que l'on employait pour la distribution du prix le même système que pour l'attribution de la possession. Quand le premier créancier était désintéressé, le second obtenait la possession de la chose. Il en est de même pour le prix, et c'est encore la possession des deniers qu'on leur accorde. Les créanciers n'en deviennent propriétaires jusqu'à due concurrence qu'en vertu de la compensation.

Il est à croire que le premier créancier ne payait pas en aveugle, et sur la première réclamation. Nous avons déjà vu que les constitutions impériales ordonnaient

(1) Pellat, traduction de Schilling, § 116, p. 31.

d'annoncer la vente des biens hypothéqués par voie d'affiches.

Cela mettait les créanciers sur leurs gardes, et ils avaient le temps de produire leurs titres pendant les délais de vente et de paiement du prix. Le vendeur qui recevait les réclamations des autres créanciers, ne les jugeait pas lui-même et n'établissait pas seul l'ordre de paiement. La majorité des romanistes pense qu'il s'en rapportait au magistrat afin de dégager sa responsabilité, et qu'il payait ensuite suivant l'ordre qui avait été approuvé. Si un créancier ne s'était pas présenté, comme nous ne trouvons nulle part une cause de déchéance, nous pensons qu'il pouvait intenter à ses risques et périls l'*A. pigneratitia directa* contre les créanciers qui lui étaient postérieurs en rang.

Après avoir indiqué le fonctionnement des droits des créanciers postérieurs sur le prix, nous pouvons tirer des solutions admises quelques idées sur la nature de ces droits.

Chez nous le but de l'hypothèque est de donner à un droit personnel tous les avantages du droit réel. Elle a pour effet d'exclure la concurrence.

A Rome il n'en était pas ainsi : L'hypothèque formait une garantie, mais était loin de donner autant d'avantages à ses titulaires. Pour le paiement du prix, par exemple, le créancier vendeur n'avait qu'une action personnelle, l'*A. venditi*, et comme on ne connaissait pas notre théorie de la folle enchère, le vendeur, s'il ne pou-

vait pas réclamer la résolution de la vente, était obligé dans certains cas de concourir avec les créanciers de l'acheteur.

S'il vendait à terme à un insolvable, il risquait d'avoir moins de chances d'être payé que par son débiteur lui-même. La garantie des créanciers postérieurs est encore moins sérieuse. Ils ont exigé une sûreté de la part de leur débiteur, afin de ne pas subir le concours des autres créanciers, afin d'être préférés, et ils n'ont en définitive qu'un droit et une action personnels vis-à-vis du créancier vendeur. Si celui-ci est insolvable, ils subiront le concours non de leurs co-créanciers, mais des créanciers du *prior creditor* qui a vendu. Cette solution qui est certaine est une dernière preuve, et des plus convaincantes, que ce n'est pas en vertu du droit de préférence que les créanciers sont colloqués sur le prix.

Résumé. — Pour résumer notre théorie sur l'hypothèque romaine, nous dirons qu'il faut distinguer jusqu'à la fin dans cette législation, le droit sur la chose et le droit sur le prix.

Le premier qui forme seul l'hypothèque, proprement dite, est un droit de possession sur le bien engagé.

Il pèse sur lui et l'empêche de changer facilement de propriétaire, car il est frappé en quelques mains qu'il passe, et son détenteur est exposé sans cesse à perdre le principal avantage de la propriété, la possession. Elle seule forme l'objet du droit de préférence.

Le droit sur le prix a été introduit un peu plus tard,

et a été l'œuvre des praticiens qui ont cherché de bonne heure à permettre aux créanciers de se payer sur la valeur du bien. Il apparaît chez les jurisconsultes au déclin de la période classique, comme une hypothèque de l'Action *pigneraticia directa* que possédait le débiteur pour réclamer le *superfluum*. Mais il ne faut pas s'arrêter à cette apparence. Sous l'hypothèque de l'action, il y a la mise en gage de la créance du prix, et cette mise en gage n'est elle-même qu'une cession de créances.

Nous avons rapproché le pacte qui constitue cette cession de la *procuratio in rem suam*, nous avons montré qu'il était de même nature, qu'il présentait les mêmes caractères. Nous n'allons pas jusqu'à prétendre qu'il faut les identifier, parce que deux institutions pour si voisines qu'elles soient en théorie, dévient un peu dans un sens opposé lorsqu'elles ont des champs d'application différents.

Nous avons voulu démontrer seulement quelle était la qualité exacte du créancier vendeur, et en déduire la nature du droit qu'il a sur le prix. Si le créancier est cessionnaire, son droit est personnel, et nous nous exposons ici à une grave objection : Comment expliquer si les divers créanciers ont obtenu une cession à titre de garantie qu'ils soient payés par préférence les uns aux autres, suivant la date de leur hypothèque.

Pour résoudre cette difficulté, il faut d'abord se rappeler que les Romains ne faisaient pas comme nous la distinction des droits réels et des droits personnels.

D'autre part, toutes les législations ont fourni au cessionnaire le moyen de garder pour lui seul l'avantage de la cession. Ainsi le droit français, imitant en cela les lois romaines (1), déclare que le cessionnaire d'une créance est assuré de toucher le montant de préférence à tous autres quand il a signifié le transport au débiteur. Son droit ne devient pas pour cela un droit réel. Dans la distribution du prix au créancier, le débiteur de l'*hyperocha* est le créancier vendeur. Le droit romain, qui ne s'était pas embarrassé d'une notion réelle très compliquée, poursuivant ici un but très équitable, déclarait que ce créancier serait tenu de payer le premier cessionnaire avant les autres, pourvu qu'il ait connaissance de la cession. C'est, du reste, un point très controversé parmi les romanistes que de savoir si avant la Constitution de Gordien qui exige la dénonciation au débiteur, celui-ci pouvait se libérer en d'autres mains que celles du cessionnaire lorsqu'il connaissait la cession par une voie quelconque. Il n'est donc pas téméraire d'avancer que le paiement par préférence était dû non au caractère de droit réel de la cession, qu'il nous paraît impossible d'admettre, mais à une règle d'équité que ne contrariait pas la notion de la *réalité* admise chez nous (2).

Nous n'avons trouvé aucune solution sur ce point

(1) Gordien C. 8. 41 De nov. 3.

(2) Du reste, il nous paraîtrait possible, même avec les principes du droit français, d'admettre le paiement par préférence de plusieurs cessionnaires en dehors de toute notification au créancier.

parmi les auteurs qui traitent de l'hypothèque romaine, mais beaucoup d'entre eux se sont prononcés sur la nature du *pignus nominis* qui nous paraît être identique à celle du droit sur le prix : et la plupart refuse à cette sûreté le caractère de droit réel.

En dernière analyse, nous dirons : le créancier hypothécaire romain a deux droits, l'un réel sur la chose, l'autre personnel sur la créance du prix.

Ces deux droits résultaient à l'origine de deux conventions parfaitement distinctes, dont l'une a fini par se sous-entendre complètement. Ils ont été regardés alors comme les effets essentiels du pacte hypothécaire, mais à Rome on n'a jamais fait dériver le droit sur le prix du droit de préférence de l'hypothèque.

Remarquons enfin que la sûreté réelle qui avait un domaine bien précis s'est compliquée d'une autre opération qui s'analyse, nous l'avons vu, en une cession de créance.

Or, plus de quinze siècles après, ce domaine s'élargira de nouveau, on donnera aux créanciers des droits sur diverses indemnités relatives au bien engagé, et ce nouvel élargissement de la garantie hypothécaire sera réalisé encore par une cession de créances.

Mais auparavant, il nous faut suivre dans l'histoire de l'hypothèque les évolutions qui ont abouti à la transformation du droit sur le prix, à son absorption dans le droit réel.

C'est l'œuvre de notre ancien droit.

DEUXIÈME PARTIE

L'objet du droit de préférence hypothécaire dans notre ancien droit.

CHAPITRE PREMIER

LES ORIGINES DE L'HYPOTHÈQUE EN FRANCE

L'hypothèque s'est constituée en France à une époque bien postérieure à celle où nous nous plaçons dans cette partie de notre étude. On pourrait même nous reprocher de mêler ici à notre sujet des questions qui lui paraissent étrangères. Mais nous avons agi de même pour le droit romain ; nous avons cru nécessaire de rappeler les origines de l'hypothèque à Rome, afin de pouvoir montrer que cette institution avait toujours gardé sa marque originelle, qu'elle était restée jusqu'à la fin le droit de gage, le *pignus*, dont elle était sortie. La convention hypothécaire s'était compliquée, la notion primitive était demeurée constante.

Si l'on veut se faire une idée exacte de ce qu'a été une institution, il faut connaître les éléments qui l'ont formée et les influences successives qui ont guidé sa marche à travers les siècles. On doit se garder, de pousser trop loin la recherche des causes et arriver, à l'exemple de notre grand poète, à faire dépendre l'issue d'une bataille où se joua le sort du monde d'un signe de tête involontaire. Mais tant qu'on a des données scientifiques, il faut remonter péniblement d'une idée à l'autre, et plus on cherche loin, plus on a des chances de rétablir exactement les détours disparus qu'a suivis la pensée des hommes.

La principale cause des grands changements qui vont se produire dans la notion de l'hypothèque, est justement, à notre avis, la source particulière d'où elle est sortie dans notre droit. A Rome, elle était issue du droit réel de servitude, elle en garda toujours le caractère ; chez nous, elle découlera de la procédure d'exécution, et sera avant tout une obligation du bien engagé.

Ces considérations nous ont déterminé à consacrer ce premier chapitre à l'origine de l'hypothèque : mais cette question se divise naturellement en deux parties, parce que son histoire a parcouru chez nous deux étapes différentes. L'hypothèque est sortie de l'*obligatio bonorum*, laquelle a été formée par l'évolution des règles de l'exécution sur les immeubles.

Ce chapitre comprendra donc deux sections ; la première traitera de l'exécution des immeubles dans notre

très ancien droit ; nous étudierons dans la seconde la théorie de l'*obligatio bonorum*.

SECTION I

L'exécution des Immeubles dans le très ancien droit français (1).

Les auteurs qui aiment à retrouver les mêmes évolutions chez les différents peuples, se sont plu à répéter qu'en France comme à Rome, on retrouve les mêmes garanties réelles, l'aliénation fiduciaire, le gage et l'hypothèque. Et, en effet, ces trois formes de sûreté ont existé chez nous, mais la dernière garantie n'est pas sortie des deux autres comme à Rome ; nous essaierons de l'établir.

Au moment de l'invasion des barbares, le droit romain appliqué en Gaule connaissait deux sortes d'exécution sur les biens, l'une au profit de tous les créanciers, l'autre pour les créanciers hypothécaires. La première était la *distractio bonorum*. Le débiteur insolvable était poursuivi en justice, et après la *confessio in jure*, tous ses biens étaient vendus sous le contrôle du magistrat, les immeubles après l'épuisement des meubles (2).

(1) Cf. sur cette question la belle étude de notre excellent maître M. Esmein, à laquelle nous empruntons bien des documents et à laquelle nous renvoyons pour les premiers développements du droit franc à ce sujet.

(2) Cf. Digeste XLII, 4 l. 15 § 2.

La seconde, dont l'application était très fréquente, avait lieu lorsque le créancier avait une hypothèque générale sur les biens de son débiteur. Il réclamait alors la possession, vendait son gage dans les formes que nous avons étudiées et distribuait le *superfluum* aux autres créanciers.

Nous ne voyons pas qu'à Rome les immeubles aient été beaucoup protégés, on ne cherchait pas à les conserver dans la même famille, car depuis longtemps ce peuple avait rejeté l'idée de copropriété familiale que l'on retrouve dans l'enfance de toutes les nations aryennes. Le collectivisme terrien s'est manifesté à Rome sous la forme d'une copropriété nationale, en vertu de laquelle on levait l'impôt foncier, mais à qui peu importait le nom et la famille du possesseur.

Les peuplades germaniques qui vinrent s'établir dans notre pays au v^e siècle, avaient conservé précieusement cette idée que la propriété n'est pas à la disposition d'un seul, et que la terre, où s'élève le toit familial, doit être conservée malgré la volonté, et surtout malgré les fautes d'un membre de la famille qu'elle abrite et qu'elle nourrit.

Voilà pourquoi les coutumes germaniques refusent aux créanciers le droit de poursuivre les immeubles du débiteur qui restèrent certainement insaisissables jusqu'après le règne de Charlemagne. Nous n'avons aucun renseignement certain sur les progrès accomplis à l'époque troublée des derniers Carolingiens et

des premiers Capétiens. Nous savons seulement que le x^e siècle fut la période de formation de la double hiérarchie des terres et des personnes qui constitue la base du système féodal. Les coutumes d'alors étaient orales, et rien de précis ne nous est parvenu à leur sujet. Cependant, nous avons de bonnes raisons de penser que les immeubles furent encore soustraits à l'action des créanciers.

D'abord, la propriété à cette époque n'est pas individuelle. Ce que l'homme possède en sa terre, ce n'est pas une valeur matérielle dont il est le maître, c'est un rang sur l'échelle sociale, qu'il ne peut abandonner, et dont personne, hors le suzerain dans certains cas, n'a le droit de le priver. Si l'on excepte le midi méditerranéen où l'influence romaine s'était conservée, et mêlée à la civilisation musulmane, on peut dire que la propriété libre, l'alleu avait disparu en France. Toute terre était fief ou tenure, et avait pour propriétaire non seulement le dernier vassal ou tenancier qui en jouissait, mais encore les divers suzerains, jusqu'au roi. Bien plus, les vivants ne sont pas les seuls maîtres de la terre ; c'est aussi la société à venir dont il faut assurer l'existence ; chaque homme n'est qu'un anneau de cette longue chaîne qui doit unir pendant des siècles les fils des vassaux aux fils des suzerains. Et cette postérité lointaine a des droits actuels, car la terre a été concédée au vassal *et aux hoirs de son corps, descendants de sa femme épousée.*

De ces grands principes qui forment la base de la société féodale, on conclut que la terre ne pouvait avoir d'autre maître que le vassal choisi par le suzerain, et ne devait pas tomber entre les mains d'un propriétaire quelconque, peut-être incapable de remplir les services féodaux. On défendit donc l'aliénation des tenures nobles ou roturières, et à plus forte raison ne permit-on pas aux créanciers de chasser un homme d'une terre et d'un rang qu'il ne pouvait perdre que par félonie.

Ces idées si rigoureuses, et dont les conséquences étaient parfois peu équitables, ne devaient pas durer longtemps en France. Mais elles ont subsisté pendant des siècles en Angleterre. M. Esmeiu en donne pour raison que nous sommes un peuple plus sensible à l'injustice que nos voisins. Il est peut-être hasardeux de dire qu'une nation est plus morale qu'une autre ; en tous cas, une explication plus positive de la durée éphémère en France du régime féodal dans toute sa rigueur, c'est qu'on n'avait pas oublié chez nous le système foncier romain, que les Anglais n'ont pas connu, tandis que la partie de notre pays la plus civilisée n'avait pas cessé de vivre sous ce régime ; et son influence ruina les règles excessives d'une organisation un peu barbare.

On permit bientôt dans notre pays l'aliénation des fiefs et des censives, et dès lors chaque propriétaire put faire des legs, des donations et des ventes (1).

(1) Remarquons que tous ces actes n'étaient pas libres et que les

Mais si le tenancier peut céder volontairement son bien à autrui, il ne s'ensuit pas qu'on puisse le forcer à vendre, et les créanciers n'ont jamais eu à cette époque de droit pareil.

Les coutumes les plus anciennes le montrent bien. Quelques-unes très rares, comme l'ordonnance des Majours de Metz, déclarent nettement que le créancier ne peut saisir que les meubles du débiteur. Le maire et l'échevin qui se rendent dans la maison du saisi pour « estaller » le débiteur n'inventorient et ne vendent que les meubles (1). Les autres coutumes plus récentes, admettent l'exécution sur les immeubles, mais on voit très bien aux hésitations des jurisconsultes aux détours qu'ils prennent pour arriver à ce résultat, que c'était une règle nouvellement introduite dans la pratique.

L'idée de patrimonialité des fiefs et des tenures avait fait dès le commencement du xii^e siècle des progrès si considérables, qu'en sus de l'aliénation volontaire, on permettait au tenancier de faire sortir le bien de son patrimoine pour un temps limité. La pratique utilisa ces deux règles pour en faire sortir deux formes de sûreté réelle, l'engagement et l'obligation.

Rien ne s'opposait à donner en gage aux créanciers

héritiers ou la famille de l'aliénateur étaient protégés par une série d'institutions : réserve retraits, etc.

(1) Au milieu du xiv^e siècle, on saisit aussi les immeubles (Cf. *Nouv. Rev. Histor.* t. II, p. 313 et t. IV, p. 341.

les revenus d'un immeuble, et pour assurer la réalisation de cette promesse, on fut conduit à admettre qu'on pourrait, même sans l'autorisation du seigneur, livrer le bien au créancier qui percevrait les fruits (1). Cette main mise du créancier ne devait durer qu'un temps limité, trois ans généralement, mais plus tard on la prolongea jusqu'à ce que les revenus aient éteint la dette. Cette combinaison s'appelle *vif gage*, par opposition au *mort gage* qui était le pignus romain avec pacte d'antichrèse (2), et que nous avons vu fonctionner dans les formules franques. Ce dernier fut prohibé comme usuraire, et ne subsista que dans les engagements du domaine royal, où il se transforma en une véritable aliénation soumise à une faculté perpétuelle de rachat (3).

Mais jusqu'ici, pour qu'il y ait affectation des fruits d'un immeuble au paiement, il fallait que le créancier l'ait exigé dans le contrat, qu'il ait obtenu un engagement du bien et une mise en possession. Il fut permis au simple créancier d'obtenir en justice le même avantage

(1) On rencontre ce droit d'engager les revenus du fief dans de nombreuses sources, notamment l'ancienne coutume de Bretagne (Giraud, Essai II, p. 275) la somme Rural de Bouteiller, liv. 16, 25 (ed. Charondas, p. 136). La Coutume de Troyes, p. 436. Li droict et li coutumes de Champaigne et de Brie ch. 3 (Pithou) — Usages de Guines (ed. Traillard, p. 343).

(2) Cf. sur le mort gage : Beaumanoir, ch., XLVIII, *Des Usures*, § 11.

(3) Cependant, en théorie, l'engagiste du domaine royal n'était ni propriétaire, ni promeneur, mais seulement détenteur. (Cf. Poulain du Parc. Principes t. III, p. 8).

lorsqu'il avait contracté une simple obligation « d'un homme de fief sur son seel ou par devant home de conte. » Alors le créancier ne peut se mettre en possession, mais « se faulte y avait au paiement, si ne pourroit-on vendre l'heritaïge pour la dette payer, mais bien pourroit-on mettre en la main du seigneur pour recevoir les usufruis d'icelluy, la dette verifiée, jusques à tant que tant fust receu des usufruis d'icelluy heritaïge que le créancier peust être satisfaict, et autrement ne le peut, ne le doit faire. » (1).

Plus tard, dans la seconde moitié du ^{xiii}^e siècle, lorsque l'exécution sur les immeubles est devenue la règle à peu près générale, on revient encore à l'ancienne coutume du paiement sur les revenus, lorsque le débiteur est digne d'intérêt, par exemple s'il est mineur (2) ou victime d'un usurier, (3), s'il est à la croisade (4) ou débiteur d'un juif (5).

Enfin, dans la très ancienne coutume de Bretagne,

(1) Bouteiller, *somme Rural* (ed. Charondas, t. XXXV, p. 137).

(2) Cf. Le livre de *Jostice et de Plet*, XII, 6, 38. Olim an. 1290 (II p. 319, XXXV), et Beaumanoir: *Coutumes du Beauvoisis*, XVII, 7, (Ed. Beugnot, I-p. 273).

(3) Cf. un jugement du roi saint Louis de 1239 rapporté au livre de *Jostice et de Plet*, (VIII, 3,3) Olim an. 1267, (I et les p. 690, XXX), an. 1294, (II, p. 369, IV).

(4) Ordon. de Philippe-Auguste, en 1204, (Ord., I, 31).

(5) Ordon. de Philippe-Auguste, en 1218, (Isambert, I, 214), de Philippe V, en 1318, (Isambert III, 202), de saint Louis 1234, (Isambert I, 243). Cette dernière ordonnance défendait aussi aux Juifs de contraindre par corps leurs débiteurs chrétiens.

lorsqu'on engageait un immeuble, on le « baillait à douze ans quitte » c'est-à-dire que le créancier percevait les revenus de douze années, et était censé s'être payé ainsi d'une dette égale à la valeur de l'immeuble, qui revenait franc et quitte au débiteur.

L'affectation des revenus des immeubles, fut le seul moyen d'exécution de ces biens permis en Angleterre jusqu'au ^{xviii}^e siècle (1).

Ainsi, jusqu'au ^{xiii}^e siècle les créanciers ne peuvent se faire payer sur les immeubles du débiteur. Cependant, la contrainte par corps obligeait bien souvent le débiteur à vendre volontairement ses immeubles pour se libérer ; d'autant plus que dans beaucoup de villes, le bourgeois contraint par corps qui ne payait pas, perdait son droit de bourgeoisie, ou même était banni (2).

Enfin, on parvint après beaucoup de tâtonnements au résultat désiré par les créanciers ; on leur donna le droit de saisir et de vendre les immeubles de leur débiteur ; mais cela n'alla pas sans difficultés. — La première

(1) D'après le droit anglais, le créancier avait à sa disposition trois sortes d'exécution : sur la personne par le *writ de capias ad satisfaciendum* ; sur les meubles par le *writ quod fieri facias de bonis* ; sur les revenus des immeubles par le *writ de levari facias*. Le ch. 18 du second statut de Westminster permit au créancier de choisir entre les droits sus-énoncés ou la mise en possession et la jouissance de la moitié des biens du débiteur jusqu'au paiement de la dette. On lui donnait alors le *writ elegit*, et il devenait tenancier par *elegit* (Cf. Glasson, *Histoire du droit anglais*, t. III, p. 238 et s.).

(2) Cf. Livre *Roisin*, p. 50, n° XVI, et livre de *Justice et de Plet*. (III, 6, 2).

œuvre dans laquelle nous trouvons l'expropriation forcée est le livre de Jean d'Ibelin, dans les assises de Jérusalem.

C'est le débiteur lui-même qui vend son bien pour payer sa dette. Et on ne le lui permet qu'après qu'il a reconnu sa dette devant le seigneur. Alors celui-ci reprend le fief, et le met aux enchères. Cette vente est forcée, mais l'auteur se trouve fort embarrassé pour expliquer comment on procédera à l'aliénation, si le débiteur refuse son consentement ou ne se rend pas en la cour du suzerain : « Portant dit-il ne me semble il mie qu'il du demorer d'estre le fié vendu ». Et il ne donne pas d'autres raisons, car il sent bien que cette solution équitable est contraire aux principes juridiques de l'époque. Plus loin, il avoue ingénument le grand inconvénient que présente cette vente : la dissolution du lien féodal. « Quand le fié a été vendu, le seignor est quitte de sa fei envers celui de qui le fié fu, et celui est aussi quitte de sa foy que il deit au seignor (1). »

Peu à peu, l'expropriation forcée s'introduisit dans les coutumes, mais partout, elle est précédée d'une sommation au débiteur de vendre l'immeuble dans un certain délai, généralement quarante jours (2) et ce n'est qu'en dernière ressource qu'on procédera à la vente forcée.

(1) Cf. Assises de Jérusalem, ch. 185 (Beugnot, t. I, p. 289 et s.).

(2) Cf. Beaumanoir LIV, 1, XXXV, 2. Livre de *Jostice et de Plet* (III, 6, 2). *Coutumes de Montjoye* (dans *Rev. Histor.* 1860, p. 8 et s.).

Encore ce droit paraît si exorbitant, qu'il faut l'intervention de la plus haute autorité pour le réaliser, celle du seigneur suzerain après Beaumanoir (1), celle du roi d'après Bouteiller (2).

Nos vieux auteurs sont bien embarrassés pour décider qui est vendeur dans l'expropriation forcée, car ni le débiteur qui s'oppose à la vente, ni le créancier qui n'est pas propriétaire ne peuvent jouer ce rôle. Les assises de Jérusalem font ressortir les difficultés qu'on a à se prononcer sur ce point (3). Beaumanoir décide nettement que le vendeur est ici la justice « qui doit vendre et garantir. » Il nous dit aussi : « Li sires de qui li heritages seront tenus, garantiront la dite vente par lor letres (4). » La garantie que devait le souverain protégeait l'acquéreur contre les réclamations du débiteur. Quant aux tiers, ils conservaient tous leurs droits, mais devaient les faire valoir dans l'an et jour de l'ensaisinement accordé par le seigneur. Après ce délai, la propriété de l'acquéreur était inattaquable.

Ainsi s'introduisit peu à peu en France le droit d'exé-

(1) Beaumanoir, XXXV, 2. « S'il (le débiteur) ne le veut, li souverain doit vendre et despendre ou bailler au déteur pour prix de bones gens ». Le souverain est ici le baron, car « Cascuins baron est souverain en sa baronie » (XXXIV, 41). Dans d'autres passages, Beaumanoir ne parle que de la vente en justice.

(2) Somme Rural I, 25 (ed. Char. p. 137). « Si sachez que ceste règle (défense d'exproprier) fault en un cas, où l'on serait obligée sous seel royal ».

(3) Assises de Jérusalem (ed. Kaussler, c. 82).

(4) Beaumanoir XLIII, 3 (Beugnot, II, p. 8, 172).

cuter les immeubles. L'expropriation forcée, la vente, malgré l'opposition du débiteur, resta longtemps encore prohibée dans beaucoup de provinces. On préférait dans les coutumes de Metz (1), d'Arles (2) et en Bretagne (3) donner au créancier la propriété de l'immeuble après une juste estimation plutôt que de le mettre aux enchères. Quelques coutumes admettent les deux solutions, notamment celles du Beauvoisis, d'après Beaumanoir (4), d'autres les combinent, celle de Lille, par exemple (5).

SECTION II

L'obligatio bonorum.

On voit d'après l'analyse que nous venons de faire des droits du créancier sur les biens de son débiteur, combien avaient été timides les essais d'exécution sur les immeubles. Encore, n'était-on arrivé à ces piètres résultats que par imitation des coutumes méridionales où l'on continuait à appliquer le droit romain et sa double voie d'exécution sur les biens : *la distractio bonorum* et la vente hypothécaire. C'était la première de ces procédures

(1) Cf. *Nouv. Rev. Hist.* IV, p. 132. Une étude de M. Prost sur la coutume de Metz.

(2) *Coutumes d'Arles*, art. 9 (Giraud, *Essai* II, p. 189).

(3) *Ancienne coutume de Bretagne*, art. 296 et s.

(4) Beaumanoir LIV, 6 (Beugnot, II, p. 312).

(5) *Livre Roisin*, P. 48 et 49.

qu'on avait tenté d'imiter dans les rares coutumes où nous rencontrons le droit de poursuivre le paiement d'une dette sur un immeuble. Mais son application s'était heurtée successivement à deux idées fondamentales de la Société du Moyen-âge : la copropriété familiale dans le monde germanique, et plus tard le lien indissoluble entre vassaux et suzerains dans le système féodal. La première avait disparu, le second s'était relâché, puisque l'on permettait aux deux parties de briser d'un commun accord le contrat qui les unissait. Pour cela, le vassal devait aliéner, et le suzerain accepter son nouveau feudataire en lui accordant la saisine et recevant sa foy. Mais il était impossible aux juristes d'aller plus loin. Ils ne pouvaient, sans compromettre l'existence du système féodal, permettre de chasser un tenancier malgré lui ; assimiler un noble endetté à un noble félon.

On songea alors à un moyen qui permettrait de vendre l'immeuble du débiteur, parce que celui-ci y aurait consenti à l'avance. Cette combinaison, qui fit le berceau de notre hypothèque, s'appela l'obligation. Son nom seul suffirait pour nous indiquer son origine. C'était une imitation de la seconde procédure romaine d'exécution, celle qui n'appartenait qu'aux créanciers ayant une hypothèque générale. Mais il faudrait se garder de voir ici un emprunt direct. L'histoire de cette institution nous offre le plus curieux mélange de règles coutumières et d'influences romaines. Il faut les distinguer avec soin si l'on veut expliquer les différences profondes entre les

deux théories romaine et française de l'hypothèque.

Le désir des créanciers était de pouvoir saisir et faire vendre les immeubles de leurs débiteurs sans une trop longue procédure. Or, ce qui gênait le plus, c'était le défaut de consentement du débiteur. On connaissait bien peu le droit romain en France à cette époque, mais les praticiens devaient savoir que dans les provinces méridionales où l'hypothèque romaine s'était conservée(1), le créancier vendait l'immeuble de son débiteur, lorsque celui-ci y avait consenti dans une convention spéciale. C'est ce résultat grossier de l'hypothèque que l'on imita dans l'obligation. Celle-ci est simplement une autorisation du débiteur d'exécuter ses immeubles au cas de non-paiement. Elle était comme l'hypothèque soit générale sur les immeubles, soit spéciale sur un héritage particulièrement désigné. Mais l'obligation générale apparut la première, parce qu'elle donnait l'avantage désiré par les créanciers : saisir et vendre un immeuble quelconque du débiteur.

Comment nos anciens auteurs comprenaient-ils cette institution nouvelle ? Quelle idée théorique s'en faisaient-ils ? Ils ne sont pas en général très prolixes en ce sens, et préfèrent donner des règles pratiques que raisonner d'une façon abstraite. Mais ici leur pensée est visible. Ils analysent l'obligation générale comme un consente-

(1) Notamment dans la Coutume de Montpellier au ^{xiii}^e siècle. (Cf. Tardif, *le droit privé au ^{xiii}^e siècle, d'après les coutumes de Montpellier et de Toulouse*, p. 97).

ment du débiteur donné par avance à la vente de ses immeubles. Cela ressort de textes nombreux parmi lesquels nous ne citerons que les plus célèbres.

Beaumanoir, qui cependant admettait déjà l'exécution sur les immeubles oppose, l'effet de l'obligation à celui de la dette simple. « Et se on ne trueve ne meuble ne catix que fera-t-on ? Se li heritages est obligies ès letres, on les demenra selon l'obligation. Et sil n'est pas obligies, le sires li justiciera par gardes et par tenir l'heritage saisi (1). »

L'ancien coutumier de Picardie fait la même opposition, d'une façon plus formelle encore. « S'il (le débiteur) n'ait obligié par especial ou generalment ses hyretages, pour vendre et despendre, le créancier n'en pourra nul vendre ne faire vendre. »

Beaucoup d'autres textes indiquent parfaitement la même idée (2), mais la formule obligatoire la plus caractéristique est celle que donne Beaumanoir. « Et à ce tenir fermement ai-je obligié moi et mes hoirs, et tout le mien présent et à venir, muebles et héritages a estre justicié par quelconque justice il pleroit audit Jehan, ou à ses hoirs ou à celi qui ces letres porteroit aussi par les coz et par les damaces come por le principal et à prendre

(1) Beaumanoir XXXV. 2 (Beugnot, II, p. 47). Beaumanoir, à la fin de ce texte, fait allusion à une vieille procédure d'exécution qui consistait à placer sur les immeubles du débiteur des gardes qui vivaient à ses dépens, et commentaient de tels abus que le débiteur finissait par vendre.

(2) Cf. Esmein, *loc. cit.* p. 178.

vendre et despendre sans nul delai jusqu'à tant que li-coust et et li damace seroient païé (1). »

Ainsi l'obligation des immeubles nous apparaît à son origine comme un simple moyen d'assurer leur exécution. Mais dira-t-on en quoi cette institution peut-elle être regardée comme l'origine de l'hypothèque, puisque, en somme, elle ne donnait aucun privilège, aucune garantie aux créanciers qui l'avaient stipulé? Les simples créanciers pouvaient arriver en effet à faire vendre les immeubles, mais il fallait une si longue procédure pour atteindre ce but, le débiteur pouvait se servir de tant de détours pour s'y soustraire que ce droit était purement théorique. Ceux envers lesquels on avait obligé tous ses biens étaient seuls assurés d'arriver à ce résultat. Et la plupart du temps, ils n'avaient pas besoin de recourir à l'exécution pour être payés. Le fait de laisser vendre ses héritages en justice était regardé comme ignominieux à cette époque, et pour éviter cette tâche infamante, le débiteur pressé par ses créanciers payait de préférence, s'il lui restait quelque ressource, ceux qui pouvaient saisir et vendre immédiatement ses immeubles. L'obligation est donc en fait une cause de préférence, et les créanciers qui l'avaient obtenu étaient vraiment privilégiés.

Il faut remarquer en outre que le droit d'exécution sur l'immeuble est l'occasion et non la cause efficiente

(1) Beaumanoir XXXV, 20 (Beugnot, II. p. 49).

de cette préférence dans le paiement, car par lui-même il n'a aucun effet juridique semblable. La sûreté réelle n'apparaît pas comme résultant d'un droit spécial sur le bien engagé, puisque théoriquement le titulaire d'une *obligatio* n'a pas plus de droit qu'un simple créancier, il n'a fait que rendre plus facile pour lui les moyens d'exécution mis à la portée de tous.

En somme, la préférence de fait, n'apparaissait que dans le paiement de la créance. Cela est intéressant à noter, car si nous nous reportons à l'histoire du droit hypothécaire romain, nous voyons qu'au contraire la première sûreté a été le résultat d'un droit spécial sur la chose, le *pignus*, qu'on refusait absolument aux simples créanciers. Cependant, nous avons dit que l'*obligatio* était une imitation rudimentaire de l'hypothèque romaine. Quelle est donc l'élément de cette institution que nos juristes ont emprunté ? C'est le *jus distrahendi*, c'est-à-dire le droit de vendre le bien autrement que les autres créanciers. Mais, tandis qu'à Rome, la jurisprudence s'était ingéniée pour le légitimer ; le jeu de nos institutions permit de l'admettre sans difficultés, par ce qu'on n'avait pas à expliquer chez nous la transformation d'un droit de possession en droit de réaliser la valeur du bien engagé. L'avantage de l'*obligatio* consiste uniquement dans la suppression d'une procédure longue et onéreuse, et la simplicité de cette réforme fit qu'on n'eût pas à se poser en France les questions si délicates relatives à la vente du gage.

A Rome, le vendeur du bien engagé est forcément le créancier par ce que seul il a reçu du propriétaire le pouvoir suffisant. Il agit en qualité de mandataire, et non comme exécuteur d'immeubles. En France, il en est tout autrement. Le simple créancier et le titulaire de l'obligation qui fait vendre l'immeuble du débiteur se servent tous deux du même droit, mais le second s'en sert plus facilement. Voilà pourquoi dans les deux cas la vente sera effectuée par un tiers admirablement placé pour jouer le rôle de vendeur : le seigneur. En effet, celui-ci est titulaire d'un élément de la propriété que le droit romain n'a pas connu, il a le domaine éminent. Lorsque le débiteur souscrit une obligation, il consent à être exécuté sans formalités, il remet en quelque sorte son droit entre les mains de son suzerain. C'est l'idée qui nous paraît exprimée dans le livre de Jean d'Ibelin : « Et après le seignor *deit le fie/* recevoir et faire le crier et vendre par l'assise (1). » Le seigneur est considéré par nos anciens auteurs, notamment par Beaumanoir comme le véritable vendeur qui doit livrer et garantir à l'acheteur (2).

Telle est l'idée première de *l'obligatio* qui s'analyse en une facilité d'exécution sur les immeubles. De l'aperçu que nous venons de donner, on peut tirer quelques-uns de ses caractères qui auront des conséquences très loin-

(1) *Assisses de Jérusalem* (Beugnot, t. I, p. 289).

(2) Cette idée deviendra tout à fait manifeste dans l'obligation spéciale, c'est pour cela qu'on exigea l'assentiment de seigneur pour créer une telle obligation.

taines dans la constitution de l'hypothèque française. Ainsi :

L'*obligatio* ne crée pas un droit spécial sur les immeubles, et jusqu'au xvi^e siècle, l'hypothèque ne sera pas regardée comme un droit de nature particulière sur la chose même.

L'*obligatio* est toujours un droit d'exécution ; le créancier hypothécaire vendra le bien saisi en qualité de simple créancier et la vente aura lieu dans les mêmes formes.

L'*obligatio* ne se conçoit que pour les immeubles ; le droit français ne connaîtra pas l'hypothèque des meubles.

Ces idées sur l'*obligatio* étant dégagées, revenons à son histoire. Il est certain qu'à part les avantages de fait que nous avons signalés, et qui faisait de ses titulaires de vrais créanciers privilégiés, l'*obligatio* ne produisait aucun effet juridique. Il arriva bientôt que la plupart des prêteurs, voyant en elle une sûreté, la stipula des débiteurs, et par un effet très facile à comprendre, du jour où tout créancier fut titulaire d'une *obligatio bonorum*, celle-ci cessa d'être une garantie par ce qu'elle n'était pas une sûreté juridique.

La pratique va employer tous ses efforts pour lui donner ce caractère. Au lieu de donner un droit sur le bien engagé comme à Rome, on va assurer l'exécution contre tous les actes et toutes les personnes qui pourraient y mettre obstacle.

Et d'abord, un moyen très simple pour le débiteur

d'empêcher l'exécution de ses immeubles est de les aliéner. Il est incontestable que l'*obligatio* n'enlevait à l'origine aucun droit au propriétaire qui pouvait faire sur son immeuble tous les actes qui lui auraient convenu. Mais les débiteurs peu scrupuleux ne tardèrent pas à user de cette faculté au préjudice de leurs créanciers. Et comme on trouve plus facilement un donataire qu'un acheteur, c'était surtout par des donations que l'on soustrayait ses biens à l'action des créanciers. Ce sont elles que l'on prohibe les premières et généralement, tous les actes à titre gratuit. Beaucoup d'auteurs voient dans cette règle déjà donnée par Beaumanoir, la manifestation d'un droit de suite restreint.

Un examen plus attentif montre que la nullité des donations vis-à-vis des créanciers ne résultait nullement d'un droit de suite, mais du caractère frauduleux que revêtaient généralement ces actes.

Beaumanoir laisse bien entrevoir cette idée. « Nos
« veismes en la cort le Roy un plet du conte de Guines
« qui avait obligié generalment lui et toz ses biens
« muebles et non muebles à ses créanciers, et quant il vit
« que li terme aucuns de ses créanciers approchoient, et
« des aucuns li terme estoient ja passé, il resgarda que
« tant y avait de detes, que sil vendist toute sa terre,
« seust-il assez à fere paier tout; adont il resgarda
« aucun de ses prochains parens et leur fist grand don
« de son héritage, et d'aucuns il retint les fruis de sa

« vie, et d'aucuns non (1). Et quant li creanciers virent
« qu'il avait mis hors de sa main pour cause de don son
« heritage, li quix leur estoit obligiés, et il défailloit au
« paiement, ils trèrent encort ledit conte et tos cix à
« qui li don estoient fait. Et le vérité seue des dons fes
« après l'obligation des deteurs, il fu regardé par juge-
« ment que li don ne tenroient pas, ancois seraient li
« heritage vendu por paier les creanciers ; et les detes
« païées, li don tenroient selonc ce demourroit. Et par
« cel jugement pot on entendre que li don qui sunt fet
« après ce que li heritage sunt obligiés generalment,
« ne sont pas ne doivent estre el damace des créan-
« ciers (2). »

Beaumanoir a cru devoir rapporter toutes les donations frauduleuses qu'avait consenties le débiteur dont il suivit le procès. Il est surtout préoccupé de mettre en lumière la mauvaise foi de ce comte de Guines, sans laquelle il eut peut-être été absous. En tous cas, la poursuite des immeubles aux mains des donataires n'était pas une règle bien connue à cette époque, puisque ce débiteur recourait aux donations pour frustrer ses créanciers.

Un passage de Bouteiller confirme notre opinion. Lui aussi prohibe les donations des biens engagés, et il

(1) Beaumanoir fait cette distinction, parce que les donations avec réserve d'usufruit étaient forcément nulles en vertu de la règle « donner et retenir ne vaut » telle qu'on l'entendait alors.

(2) Beaum LXX, 10. (Beugnot II, 501).

ajoute. « Ainsi le veut droit escrit et arccorde (1). » Or, le droit romain n'a jamais contenu une règle semblable. Le débiteur peut à Rome faire sur son bien tous les actes juridiques qui lui plaisent par ce qu'aucun d'eux n'entrave l'exercice du droit de suite des créanciers hypothécaires.

Par conséquent, si nos vieux auteurs avaient eu une idée un peu exacte du droit de suite, ils n'auraient pas prohibé les donations ; et s'ils ont puisé la règle que nous discutons dans le droit romain, ils l'ont prise dans la théorie de l'Action Paulienne et nullement dans celle de l'hypothèque (2). Ils n'ont pas même compris l'ensemble des lois romaines réprimant la fraude envers les créanciers, et voyant que les règles étaient différentes pour les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux, ils ont simplement défendu les premiers au débiteur.

La prohibition des donations de biens engagés devint certaine à la fin du ^{xiii}^e siècle, mais nous pouvons conclure des développements précédents quelle n'était pas admise à l'origine, et qu'elle est apparue chez nous comme une règle de répression de la fraude, et nullement comme un effet du droit de suite, hypothécaire, lequel était inconnu des juristes de cette époque. Une autre cause qui diminuait la sûreté de l'*obligatio* était le nombre des créanciers qui l'avaient obtenu.

(1) *Somme Rural*. I. 25 (*Char.* p. 136).

(2) En effet, plusieurs lois notamment, C. VII. 8, l. 3 et Dig. XX, 5. l. 7, § 2 posent pour l'hypothèque des règles tout à fait contraires.

Ici nous n'éprouvons aucune difficulté. Il n'y avait aucune préférence entre les créanciers munis d'obligations et les simples chirographaires; notre ancien droit ne connaît qu'un privilégié le premier saisissant. Beaumanoir dit clairement que tous sont payés au marc le franc. « Quant aucuns s'est obligiés, par *lettres* ou par « *convenances* à plusors creanciers, et il n'a pas assez « vaillans por paier et li creancier sunt plaintif: li mueble « et li heritage au deteur doivent estre pris et vendus et « paier as créanciers à le livre selonc que la dette est « graus (1). » Le mots lettres et convenances opposent ici les créances munies d'obligations aux simples dettes (2).

En résumé, bien que les créanciers aient cherché à assurer à l'obligation la conservation de son privilège, on peut dire qu'au xiii^e siècle, on n'a pris aucune mesure de protection sérieuse, du moins en ce qui concerne l'obligation générale.

Il nous reste encore une question intéressante à trancher. Nous avons dit que notre droit avait emprunté à la législation romaine le mot d'*obligatio rei*. Mais en prenant le mot, avait-on aussi gardé l'idée qu'il représentait vis à vis du bien?

Il est difficile de retrouver la pensée intime des jurisconsultes aussi anciens, mais à notre avis, il y a eu ici divergence entre les idées romaine et française.

(1) Beaum. XXXIV. 51 (Beugnot, II, p. 30) et LIV. 6 (B. II, p. 310).

(2) Beaum. XXXV. 20-23 (Beugnot, II, p. 43 et s.).

L'idée romaine, que nous avons déjà développée, était à notre avis, que le bien devait être exécuté d'une manière analogue à la personne du débiteur, parce qu'il était lié par le droit d'hypothèque, comme le débiteur l'était par l'*obligatio*.

En France, on regarde l'immeuble comme endetté. L'*obligatio bonorum* créa une certaine personnification des biens ; l'immeuble était obligé comme son propriétaire même, voilà pourquoi l'engagement des biens garde le même nom que celui des personnes *obligatio*, tandis qu'à Rome il revêtait un nom spécial : *pignus, hypotheca*.

On retrouve cette idée dans la formule obligatoire rapportée par Beaumanoir. « A ce tenir fermement ai-je obligie moi et mes hoirs et tout le mien muebles et héritages » (1). Ce texte assimile l'obligation des biens à celle du débiteur et de ses héritiers. L'idée que les biens pouvaient devoir comme les personnes était du reste très vieille chez nous. Ainsi de ce que les meubles étaient le seul gage des créanciers, on avait conclu que l'héritier qui les recueillait devait supporter tout le passif du défunt. Ce n'était pas la qualité d'héritier qui obligeait à acquitter les dettes, mais la succession aux meubles : c'était eux qui devaient. Une pareille conception était tellement ancrée dans l'esprit de nos vieilles coutumes que l'héritier des immeubles fut à son tour tenu, en dehors de toute clause d'obligation de hoirs (2), et à une époque

(1) Beaum. XXXIV. 52 (Beug. II, p. 31).

(2) On avait pris l'habitude en dehors de l'obligation, d'engager

où le droit de suite n'existait pas, des dettes pour lesquelles on avait obligé ces immeubles. Nous insistons sur cette idée, parce qu'on l'appliquera aussi à l'hypothèque, on dira *res non persona debet* (1), et c'est là une idée propre à notre droit, qui était inconnue dans la législation romaine.

Outre l'obligation générale, et probablement après elle, s'introduisit en France l'obligation spéciale par laquelle le débiteur engageait non plus ses immeubles, en général, mais tel ou tel en particulier. C'était encore une imitation du droit écrit, une copie de l'hypothèque spéciale romaine, et ici, on suivit plus exactement le modèle. Mais les points de départ étaient différents et sous des effets à peu près semblables, nous trouvons des notions bien éloignées l'une de l'autre.

En effet, bien que l'on tire de l'obligation spéciale des conséquences très analogues à celles de l'hypothèque spéciale, la base de celle-ci est un gage, tandis que celle-là n'est qu'un droit d'exécution renforcé sur l'immeuble.

La plupart des auteurs ont enseigné que, dès la fin du XIII^e siècle, l'obligation spéciale produisait un droit de suite et un droit de préférence. Cela nous paraît inexact, et il est plus juste de dire que les effets qu'elle entraîne res-

ses héritiers en même temps que soi-même afin qu'on pût tous les poursuivre.

(1) La règle *res non persona debet* justifiera chez nous les effets du droit de suite. A Rome, ces mêmes effets s'expliquaient par un droit de possession grâce auquel on pouvait dire : délaissez ou payez.

semblent aux droits de suite et de préférence, mais leur nature intime est toute différente. Ecoutons Beaumanoir développer les conséquences d'un pareil engagement : « Si je t'avoie obligé spécialement (mon héritage) a dont ne le porroie-je vendre ne doner, ne escangier en nule manière par quoi il peust estre damaciés auquel il fu obligié spécialement (1). » Et ailleurs : « Se le qu'il vendi ou dona ou escanga fut especialement obligié as créanciers, en cel cas ne doivent les créanciers sivre for les coze qui leur furent obligiés por lor detes. Et s'ils pruevent l'obligation contre cex qui les cozes tiennent, vente ou don ne engagements qui ait esté puis fes ne vaut rien (2). »

La théorie qui se dégage de ces passages est celle d'une nullité de l'aliénation vis-à-vis des créanciers. C'est une extension de l'action Paulienne, et nullement un droit de suite ; on considère que le débiteur en vendant le bien engagé a commis une fraude vis-à-vis des créanciers. A Rome, on analysait les choses différemment. Toute aliénation était valable ; mais un droit de possession avait été concédé sur le bien, lequel passait grevé de cette charge aux mains de l'acquéreur ; et celui-ci devait abandonner la possession ou racheter la charge en payant la dette.

A Rome on invoquait contre le tiers détenteur un droit

(1) Beaum. LXX. 11 (Beugnot, II, p. 502).

(2) Beaum. LIV. 5 (Beugnot, II, p. 379).

réel sur la chose, en France on excipe contre lui d'une nullité du contrat qui l'a rendu propriétaire. Dans le premier cas on exerçait le droit de suite, élément du droit réel de servitude ; dans le second on faisait rescinder une convention.

L'obligation spéciale ne produisait donc pas un véritable droit de suite. Entraînait-elle un droit de préférence ?

Ici il faut distinguer. Si le bien était aux mains d'un tiers détenteur, le contrat qui avait rendu celui-ci propriétaire n'était rescindé qu'à l'égard des créanciers hypothécaires, qui seuls pouvaient l'exécuter et toucher le montant du prix. Mais nous ne voyons pas qu'il y ait eu un ordre de préférence entre eux, basé sur la date de l'engagement de l'immeuble à chacun d'entre eux. Lorsque le bien était resté aux mains du débiteur, il n'est pas certain qu'il y ait eu un droit de préférence même à l'égard des simples créanciers. Bouteiller seul le dit d'une façon précise : « Se aucuns biens appartenant à un débiteur, sont baillez à plusieurs créanciers, à tort le requièrent estre leurs, *s'ainsi n'est qu'il ssoient obligez espécialement*. Car autrement, s'il y a d'autres créanciers, sachez qu'ils auront recours aussi bien à ses biens et conviendra qu'ils soient convertis à tous les créanciers, si avant qu'ils dureront (1). »

Mais il ajoute : « C'est en cas de déconfiture où l'un

(1) *Somme Rural* (ed. Charron, p. 386).

créancier n'est point plus privilégié que l'autre. » Cette dernière phrase ne se trouve pas, il est vrai, dans tous les manuscrits de la *Somme Rural* mais il est presque certain que le texte tel que nous le citons était l'original. La préférence des créanciers hypothécaires sur le prix du bien engagé cessait donc lorsque le patrimoine du débiteur était insuffisant pour éteindre toutes les dettes, c'est-à-dire dans le seul cas où une sûreté est indispensable.

Du reste, il y a d'autres exemples, où, en cas de déconfiture du débiteur, il n'y a pas plus de préférence en faveur d'un créancier. Ainsi d'après *les coutumes jugées toutes notoires au Châtelet de Paris*, le créancier premier saisissant perdait en ce cas son privilège d'être payé par préférence, sauf pour les dépens et frais de poursuite (1).

(2) L'art. 153 de ces coutumes publiées par Brodeau dit. « Se aucun est obligié à plusieurs créanciers, et l'un fait prendre lever
« et vendre les biens pour exécution, et avant la perfection d'icelle
« exécution, et les dits biens étant encore en la main de justice, se
« autres créanciers apparent et se opposent, ils doivent estre receus
« en leur opposition se l'obligié est en déconfiture et qu'il n'ait
« d'autres biens pour satisfaire ses autres créanciers, en ce cas,
« doivent venir à contribution avec celui qui a requis la dite exécution
« posé ores que leurs dettes soient à connoistre, mais que
« toutesfois ils les puissent monstrier prouver et justifier deüment :
« et ny doit avoir celui qui a requis l'exécution prérogative fors
« tant seulement qu'il doit prendre les dépens faits en l'exécution
« sur le prix et vente des dits biens avant toute œuvre. *Probata*
« 6 jun. an. 1371. »

Nous en concluons que les effets de l'obligation spéciale, quoique ressemblant aux droits de suite et de préférence de l'hypothèque romaine en différaient cependant par leur nature intime. Le recours envers les tiers résultait d'une nullité du contrat et le paiement avait lieu sur le prix du bien parce que cette partie du patrimoine avait été tout spécialement engagée à certains créanciers; mais au moins pendant quelque temps, il n'y avait pas eu de véritable préférence, puisque au cas de déconfiture on revenait à la règle du paiement par contribution.

La confusion entre ces effets et les droits de suite et de préférence a été d'autant plus facile, qu'au ^{xiv}^e siècle, ils sont devenus véritablement des droits identiques, lorsqu'on fit rentrer l'*obligatio* dans la théorie des droits réels.

L'*obligatio* spéciale à la fin du ^{xiii}^e siècle ne formait pas encore une garantie bien sérieuse. Le recours contre les tiers de bonne foi ne se justifiait pas facilement et présentait de nombreuses difficultés : quant au paiement, s'il était privilégié sur les simples créanciers, il ne l'était pas vis-à-vis de ceux qui avaient obtenu aussi une *obligatio* sur le même bien.

Pour avoir une sûreté efficace, il fallait fortifier encore l'exécution du bien engagé, assurer les créanciers qu'ils pourront le saisir en toutes mains, et se faire payer par préférence. Afin d'obtenir ces résultats, les jurisconsultes du ^{xiv}^e siècle cherchèrent une théorie à la source inépuisable, dans le droit Romain dont la renais-

sance commencée en Italie s'était développée dans toute la France.

Notre droit n'avait encore imité de l'hypothèque romaine que des effets grossiers. Au ^{xiv}^e siècle, on cherche à en faire une analyse plus approfondie.

Bien que la théorie des droits réels n'ait pas été faite à Rome, elle se dégage cependant très nettement dans cette législation. Les interprètes qualifièrent de droits réels, tous ceux qui donnaient une action *in rem* d'après le Digeste. L'hypothèque était de ce nombre. Mais on appliqua la même qualité à l'hypothèque française qui était restée un simple droit d'exécution, l'ancienne *distractio bonorum* romaine.

Cette évolution est accomplie dans beaucoup de coutumes à la fin du ^{xiv}^e siècle. Nous trouvons pour la première fois l'expression *obligatio personalis* opposée à *obligatio realis* dans le livre des droits et commandements d'office de justice (1) ; et dès lors cette distinction pénètre dans les coutumes ; on la rencontre notamment dans la très ancienne coutume de Bretagne et la coutume de la ville de Septème de Bourges.

La qualification de droit réel est accordée à l'obligation générale comme à la spéciale. On marque pendant longtemps encore quelques différences entre elles, mais elles finissent par se confondre au ^{xvii}^e siècle. La pré-

(1) T. II, n° 757, p. 190. « Et sont en droict deux obligations, c'est assavoir *obligatio personalis* et *obligatio realis*. »

dominance de l'hypothèque spéciale ne se rencontra plus que dans des hypothèses très rares ; où l'on admet aujourd'hui de vrais privilèges à l'exemple du droit romain.

En accordant la qualité de droit réel à l'*obligatio*, nos jurisconsultes avaient commis bien des erreurs. D'abord ils s'étaient complètement trompés dans l'analyse du droit hypothécaire romain. Les seuls monuments de la législation de ce grand peuple qu'ils possédassent était l'œuvre de Justinien. Ils n'avaient aucun renseignement sur les institutions qui l'avaient précédée, sauf quelques traces dans les textes du Digeste. Ils crurent que l'hypothèque était comme en France un droit unique s'exerçant successivement sur la chose et sur le prix. Ils ne comprirent pas que le créancier réclamait la possession bien engagée en vertu d'un droit réel et la propriété des deniers à la suite d'une cession véritable, bien qu'elle soit sous entendue.

Cette double notion qui forme la base du système hypothécaire romain, et sur laquelle il s'est développé tout entier, n'apparaît plus en effet dans le droit de Justinien.

Cet empereur, dont la préoccupation est de donner des règles fixes à la pratique, a négligé de faire inscrire ce double principe dans ses lois, parce qu'il était inutile aux gens d'affaires, et que d'ailleurs tous les jurisconsultes de son temps le connaissaient.

Les glossateurs qui ont commenté ses œuvres neuf siècles plus tard, après un long intervalle de trouble et d'ignorance, ne trouvant pas de raisons d'être bien in-

diquées aux règles posées par le Digeste, se sont efforcés de concilier les textes avec l'idée qu'ils se faisaient eux-mêmes de l'hypothèque et les réformes réclamées par les créanciers.

Le droit romain leur fit considérer l'hypothèque comme un droit réel, et ne voyant pas de trace de la dualité, ils y greffèrent la théorie de l'*obligatio bonorum*.

Pour eux, il y a dès lors deux sortes d'obligations ; l'une dont le sujet est une personne, l'autre qui constitue un immeuble débiteur.

Dans celle-ci le bien n'est pas l'objet du droit, car le paiement est toujours *id quod est debitum*, il joue le même rôle que la personne dans l'*obligatio personalis*, il est le sujet passif. Cette personnification de la chose était une pure fiction ; on ne pouvait sans aberration de l'esprit considérer le bien dépourvu de volonté comme susceptible de s'engager. Cette conception permettait seulement de réclamer le paiement *in rem*, abstraction faite de la personne qui aurait à répondre pour l'immeuble (1). Nos jurisconsultes trouvaient là une justification du droit de suite bien différente de celles des Romains. Quant au droit de préférence ou de collocation sur le prix par rang de date de l'engagement, le droit romain était très précis à son égard, et il répondait trop aux besoins des créanciers pour qu'on ne l'adoptât pas.

(1) On se souvient que c'était là la signification précise des pactes et des actions *in rem* à Rome.

Il était du reste déjà connu et l'on comprenait facilement qu'on n'appliquât pas aux dettes des biens les mêmes règles de paiement des créanciers que pour les personnes, car la solvabilité des premiers a pour borne leur valeur, celle des secondes est indéfinie.

Ainsi s'acheva, à la fin du ^{xiv}^e siècle, l'assimilation de l'*obligatio* et de l'hypothèque romaine, du moins quant aux effets, car leur nature intime reste toute différente.

Toutes deux produisent un droit de suite et un droit de préférence, mais il suffit de dire que l'*obligatio* est un droit simple qui a pour objet le paiement poursuivi, et obtenu par préférence, pour voir quels abîmes les séparent encore.

Il n'est pas inutile de remarquer que ces longues évolutions dans les effets de l'*obligatio* ont eu pour cause de constants emprunts au droit romain. Mais tous ont été greffés sur l'idée primitive, qui était l'obtention de l'exécution des immeubles. Les juristes français ont conquis peu à peu ce droit malgré tous les principes qui le contrariaient. Ils ne se sont pas contenté de l'obtenir. Dès qu'ils l'ont eu, ils l'ont fortifié, ils en ont fait la sûreté réelle par excellence.

L'obligation devenue droit réel n'est que l'exécution parfaitement assurée des immeubles engagés. C'est là qu'il faut reconnaître le développement national au milieu des nombreux emprunts faits à l'antiquité et nous verrons dans la suite de ce travail quels vestiges de la première idée sont arrivés jusqu'à nous.

A l'époque de l'histoire où nous sommes arrivés, on peut dire que l'hypothèque est constituée en France, mais elle n'est pas une institution spéciale, elle est un mode d'exécution particulier, produit par l'obligation dont la théorie est restée si unifiée, qu'une partie de nos coutumes confondit, comme nous aurons l'occasion de le démontrer, les obligations personnelle et réelle et fit produire à la première tous les effets de la seconde.

Nous arrêtons cette section de notre étude au moment où l'obligation devient un droit réel, car c'est alors qu'elle est véritablement l'hypothèque. Mais nous voulons rappeler en terminant les conséquences fâcheuses de l'idée qui considère une dette de l'immeuble comme droit réel.

La notion réelle qui ressort du droit romain est très nette, et comprend seulement la propriété et les servitudes. Les droits que les commentateurs ont appelés réels prétoriens sont des applications des premiers, parfois mêlés à d'autres éléments, comme nous l'avons démontré pour l'hypothèque.

Notre ancien droit, pour étendre cette qualité à l'*obligatio bonorum* et aux rentes (1), retint simplement cette

(1) Les causes de la qualification réelle donnée aux rentes sont très intéressantes. L'Eglise s'appuyant sur un passage de l'Evangile « *Mutuum date nil sperantes* » qu'elle traduisait, « Prêtez sans intérêts » au lieu de « faites-le bien sans compter » prohibait le prêt à intérêts. Les effets de cette règle ont été désastreux, bien éloignés pourtant de la pensée de celui qui avait écrit cette maxime ! Pour éluder cette prescription, on prêtait, (le plus souvent sans rembour-

idée très confuse que tout droit portant directement sur une chose est réel (1) ; si bien qu'aujourd'hui encore on se trouve fort embarrassé pour décider si tel droit est ou non réel. Les difficultés que rencontrait une pareille extension n'échappaient pas à nos vieux jurisconsultes.

Ils avaient fait une distinction entre les droits réels parfaits (*jus in re*) et les droits réels inférieurs (*jus ad rem*).

Le style du Chatelet fait ressortir cette différence : « Tel « a droit *en la chose* qui ne l'a pas *à la chose*. Et pour « ce l'on dit *jus in re* et *jus ad rem*. *Jus in re* est « d'avoir la propriété, *jus ad rem*, l'usufruit, rente, « doaire, etc. (2).

L'hypothèque rentrait évidemment dans les *jura ad rem*. Or, de nos jours, cette expression ne désigne plus que des droits personnels, et tous les droits mentionnés ci-dessus, sauf l'usufruit et l'hypothèque, ont pris ce caractère.

sement possible) à la condition que tel ou tel immeuble servirait des arrérages. Cela était considéré non comme des intérêts mais comme une cession des fruits du bien, et partant, on en fit un droit réel parce que le droit portait sur un immeuble.

(1) Cette notion est très élastique. Nous avons vu en effet que tout droit portant sur une chose, était réel quant à son objet. Cf. page 21.

(2) *Manusc. fr.* 4076, f° 127, v°.

CHAPITRE II

THÉORIE DU DROIT SUR LE PRIX DU BIEN HYPOTHÉQUÉ DANS NOTRE ANCIEN DROIT

Nous avons suivi l'histoire de l'*obligatio bonorum*, jusqu'au moment où cette institution devient un droit réel, produisant un droit de suite, et un droit de préférence.

Il nous reste à rechercher comment on est arrivé à donner à ces deux éléments d'un même droit, à ces effets d'une même cause deux objets différents, et de quelle manière on a expliqué cette anomalie.

SECTION I

Théorie de l'obligation réelle.

Les juristes du xv^e siècle qui, les premiers, étaient arrivés à considérer l'*obligatio bonorum* comme un droit réel ne paraissent pas avoir construit un système juridique bien sérieux. Leur but était de justifier des règles

pratiques ; le droit romain et la théorie des droits réels leur en offrirent le moyen qu'ils employèrent sans grande circonspection.

C'est un fait bien remarquable que les institutions nouvelles portent des traces profondes de celles qui les ont précédées. L'*obligatio* devenue droit réel ressemble d'une manière frappante à ce qu'elle était auparavant. Les auteurs de cette époque ignoraient la méthode analytique ; ils ne s'attardaient pas comme on le fait de nos jours, à étudier le droit indépendamment de ses applications ; mais il est très facile de voir que, pour eux, l'*obligatio* est encore la dette de l'immeuble, et nous serions tenté de dire que celui-ci est le sujet passif et non l'objet du droit. L'immeuble est le débiteur, on le poursuit comme une personne. Son détenteur est son représentant, à qui l'on demande le paiement.

Le véritable objet du droit hypothécaire est la somme due ; c'est elle que l'on demande au détenteur (car le délaissement n'était pas encore admis) c'est elle qu'on reçoit par préférence.

Le rôle du bien engagé est très analogue à celui d'une caution, mais il est clair qu'une personne peut seule remplir une pareille fonction, et en réalité l'engagement de l'immeuble n'est autre que la promesse du propriétaire *in abstracto* de certains biens.

L'obligation personnelle et l'obligation réelle ont en réalité une personne pour sujet. Aussi, il devait en résulter une confusion, que nous retrouverons dans plu-

sieurs coutumes, entre la promesse du débiteur, et celle qu'il fait au nom de ses biens.

L'hypothèque n'étant pas encore regardée comme un droit spécial dont l'objet est l'immeuble, droit qui doit être consenti en des formes particulières, on ne voyait pas pourquoi tout engagement de l'homme n'emporterait pas obligation de ses biens.

« C'est peut-être, dit M. Esmein, ce qu'entend Bouteiller, lorsqu'il dit qu'en Champagne et en Brie, aussitôt que l'homme est obligé hypothèque s'y assied (1). »

Cette idée a fait admettre par plusieurs coutumes, que toute obligation de la personne emporterait hypothèque générale.

La très ancienne coutume de Bretagne est très explicite à cet égard : « Les aultres obligations (celles qui ne
« sont pas privilégiées) et jugemens doivent être payées
« et exécutées chacun son obligation, *vel potius* selon
« que l'obligation ou jugié est du premier temps, car le
« premier temps doit estre le premier exécuté et poyé.
« Et posé qu'il y eût aucuns qu'ayent lettres de obligations ou de jugié, et autres n'en ayant rien, informant
« du premier temps de l'obligation ou contrat par tesmoignages ou autrement, ils devroient estre les premiers poyez ou executez, pour ce que quand aucun reçoit rien de l'autrui, le sien lui est obligé, pour ce
« que la recette il entenge à faire retour ; et aussi quand

(1) Esmein, *loc. cit.*, p. 203.

« il se oblige pour autre où il est jugié et condamné à
« rendre aucune chose a autre ou a fait le en effet dont
« il doit estre tenu, et pour ce s'en doit chacun enquerre
« quand il veut négirer ou contracter à autre et se gar-
« der de fere folement ou miement et dont il puisse avoir
« retour (1). »

Ainsi les règles de cette coutume ordonnaient de payer tous les créanciers par ordre de date, pourvu qu'ils fassent la preuve par lettres ou par témoins de leurs créances et de l'époque de leur souscription.

Cette idée était si générale en Bretagne qu'elle fut transcrite dans l'article 194 de la coutume officielle :
« En autres obligations et jugez, le premier créancier en datte doit estre préféré quoi qu'il n'ait lettres du deu, en informant du premier temps de son deu par témoins ou autrement.

D'Argentré critique fort cette solution. Il ne veut pas accorder une hypothèque à tous les créanciers qui auraient prouvé l'existence et la date de leurs créances. Il voit dans l'article 194 un privilège au sens romain, qu'il appelle *protopraxia* et dont il ne fait découler aucun droit de suite (2). Il accuse hautement d'ignorance et d'erreur les rédacteurs de la coutume : « Qui error causa
« fuit veteribus pragmaticis *ut agnoscerent omni obliga-*
« *tioni etiam personali inesse consuetudinarias hypothe-*
« *cas, quod est falsissimum, ut jam multis demonstravi-*

(1) Chap. 307 (*Bourd. de Rich.* IV, p. 273.)

(2) Voy. sur l'art. 194. *Glose*, I, n° 9.

« mus, nec ille in veteri unicus articulus, etsi perplexus
« et varicosus, ex quo duos fecere reformatores, hunc
« scilicet et 188 satis est ad probandum (1). » D'Argentré
voyait dans cette règle que toute obligation comporte
hypothèque une erreur des praticiens bretons. C'était au
contraire la conséquence naturelle de l'idée dont on était
parti. Les jurisconsultes les plus éclairés de cette époque,
qui nourrissaient leur esprit de droit romain, se récrient
lorsqu'on veut confondre l'obligation personnelle et celle
des biens (2). Et cependant cette dernière était sortie de
celle-là. Elle était le développement normal de l'exécu-
tion sur les immeubles qui faisait partie de l'obligation
des personnes. Quoi d'étonnant, qu'au moment de se
séparer de sa source, elle ait failli l'entraîner et lui com-
muniquer le caractère de droit réel, dont on venait de
la revêtir, arbitrairement ?

(1) Voy. *ibid.*, Glose, I, n° 8. D'Argentré a encore écrit sur l'art. 194 :
« Diximus quandoque et sæpe ex rebus ipsis deprehendimus priscos
« scriptæ consuetudinis auctores, ut non expertes civilis disciplinæ
« fuisse videri possint, sic multa ex isto jure non porrexisse sed
« ambitiosa ostentatione istius sapientiæ incivilter plurima in suam
« patriam legislationem transtulisse, velut illo seculo arcana et
« ignota, plerumque nec recte nec suo sensu. Illud vero quod
« in veteri libro de hac obligationum prelatione statuere, tam mo-
« leste et perplexe conceptum exstat, ut non mirandum sit reforma-
« tores aliud scripsisse, sed nec eos quidem diserte ».

(2) Faber, notamment en fait la première de ses *Erreurs des prati-
ciens*, et il s'indigne de voir les praticiens confondre sans hésitation
les obligations personnelles et réelles. « Quod enim inquit, re-
fert debitoris an bona ejus sint obligata, cum sit ipse obligatus ? ».
(P. 2).

Si cette doctrine avait prévalu, toute obligation de l'homme aurait entraîné hypothèque générale sur tous ses biens; en d'autres termes, l'*obligatio personalis* aurait été si intimement liée à l'*obligatio bonorum* qu'il eût été impossible de les distinguer. Nous n'aurions eu en France que des créanciers privilégiés, payés suivant la date de leurs créances. Cette conception de la garantie peut paraître équitable en théorie, mais pratiquement, elle eût entraîné de telles difficultés que tout contrat, toute affaire commerciale eussent été impossibles.

Aussi les efforts des juristes qui s'aperçurent du danger tendirent-ils à séparer le plus nettement possible la simple obligation de l'hypothèque. Ils y arrivèrent en posant en principe deux règles de nature différente, qu'il nous faut analyser.

La première fut que l'obligation hypothécaire ne pourrait produire les droits de suite et de préférence qu'après avoir été constatée dans un acte revêtu du sceau de l'autorité.

La seconde consista à voir dans l'hypothèque une charge réelle, plutôt qu'une dette de l'immeuble. C'est l'abandon de celui-ci et non le paiement de la créance qu'on demandera au tiers détenteur. Le bien devient réellement l'objet du droit, et n'est plus le sujet passif comme semblait l'admettre la théorie ancienne. C'est alors seulement que les deux éléments du droit réel auront deux objets différents; le droit de suite s'exerçant

sur l'immeuble, le droit de préférence portant sur le prix ; et nous aurons à rechercher comment les juriscultes ont justifié cette anomalie.

Mais auparavant, il nous faut retracer l'histoire de ces deux règles.

Il est certain qu'au xvi^e siècle, on pouvait constituer une hypothèque par simple convention. Tous les auteurs de cette époque l'enseignent. Le grand coutumier de France (1) et le Guidon des praticiens (2) posent cette règle en termes identiques, et le Président Favre qui écrivait en 1598 son traité *De erroribus Pragmaticorum*, signale comme une erreur l'opinion déjà en cours à son époque d'après laquelle l'hypothèque ne peut résulter d'un acte sous seing privé (3).

Mais il n'en avait pas toujours été ainsi. On se souvient que sous le régime féodal, le tenancier devait obtenir l'autorisation de son suzerain pour aliéner ou obliger sa tenure. Cet assentiment du seigneur donné à l'origine avec solennité (4) fut accordé au déclin du Moyen-âge par les officiers du roi ou du seigneur et par les notaires qui étaient des greffiers de tribunaux (5).

(1) *Grand coutumier de France* (édit. Dareste et Laboulaye, p. 222).

(2) *Guidon des Praticiens*, (éd. 1539, f^o 231, n^o 69).

(3) Faber, *loc cit.*, décade 1^e, cr. 3, p. 6.

(4) Cf. le texte cité plus haut (page 95) du livre de Jean d'Ibelin, (*Assisses de Jérusalem*).

(5) Les gens d'affaires qui dressaient des actes remontent beaucoup plus haut. Nous trouvons des *tabularii* à Rome, et des *notarii* à l'époque franque. Mais ces praticiens n'étaient pas des fonction-

Lorsque les principes de la féodalité tombèrent en désuétude, l'hypothèque put résulter de simples conventions écrites ou verbales (1), mais dans la plupart des provinces, on conserva l'habitude de les contater devant notaire, par ce que dès le commencement du xvi^e siècle l'engagement écrit, signé ou scellé par le débiteur perdit en grande partie la force probante qu'on lui avait accordé jusqu'alors.

M. Esmein, dans sa troisième étude sur les Contrats, que nous avons si souvent citée, donne des détails très intéressants sur la décadence de l'autorité du sceau particulier et des actes sous-seing privé en général (2). Au xvi^e siècle, l'hypothèque consentie par acte authentique est déjà plus avantageuse au point de vue de la preuve. La défaveur croissante de l'acte privé finit par faire ad-

naires dépendant de l'Etat, et à cette époque, l'acte authentique résulte de la présence d'un certain nombre de témoins, non du sceau de l'autorité. Au moyen-âge, comme l'on assurait d'une façon très efficace l'exécution des jugements, les particuliers se présentaient devant un tribunal et grâce à un procès fictif obtenaient que leurs conventions soient inscrites dans un jugement et exécutées comme tel. On finit par s'adresser en ces cas au greffier; celui-ci dressait l'acte et apposait le sceau royal, comme au bas des jugements. Le sceau devint ainsi la marque de la force exécutoire. Cela explique aussi pourquoi notre vieux droit met toujours sur la même ligne « actes authentiques et jugements. »

(1) Cela est certain pour la très ancienne Coutume de Bretagne, qui permet de faire la preuve des *obligations* par témoins. Les conventions écrites s'appelaient *lettres scellées* ou *chirographes*.

(2) Cf. Esmein, *loc. cit.* p. 212 et s.

mettre qu'il ne pourrait emporter hypothèque qu'après sa reconnaissance en justice, même s'il contenait une *obligatio bonorum*. Ces changements paraissent être de pure formalité, mais leurs conséquences furent très importantes pour la distinction de la simple obligation et de l'hypothèque.

Toute obligation passée devant notaire emportait à cette époque une hypothèque générale ; mais les parties déboursaient des frais d'actes considérables seulement pour des obligations de valeur respectable, qu'on a l'habitude de garantir par une convention d'hypothèque. Ainsi malgré le vieux principe que toute obligation de la personne entraîne hypothèque, qui est demeuré jusqu'à la fin la base de notre ancien droit (1), on arriva dans la pratique à considérer l'hypothèque comme ne résultant que d'une convention expresse consignée dans un acte authentique. Cette notion était tellement dans les esprits

(1) Toute obligation personnelle emporte en principe hypothèque dans l'ancien droit puisque tout acte authentique la produit, et pour la faire résulter d'un acte privé, il suffit de le faire reconnaître en justice. Dans ce dernier cas, l'hypothèque ne naît pas du jugement, car la vérification d'écriture n'emportait pas de condamnation (Cf. Constantin, *Commentaires sur l'ord. de 1539*, p. 147. « ... frustra ergo quærunť nostri pratici agnita schedula partem condemnari in contentis »). L'hypothèque était en puissance dans l'acte sous-seing privé, le jugement la *déclarait* mais ne la *constituait pas* (Cf. Rebuffe. *De chirorgr. recogn.* p. 126, n° 41... « Poterit etiam « judex declarare bona sita in loco ubi cedula recognoscitur esse « hypothecata antequam remittat partem, ut fuit judicatum Picta- « vis in judicis conventibus, anno 1541, licet hoc non sit necessa- « rium, quia autoritate legis hypotheca fuit. »)

à la chute de l'ancien régime qu'elle a été recueillie par la Révolution et le Code civil (1).

Telle est l'histoire de la première règle que nous avons posée. La seconde est beaucoup plus importante pour notre étude. Elle contient l'évolution la plus délicate de la notion hypothécaire.

La théorie de l'*obligatio bonorum* considérait l'immeuble comme débiteur. On lui réclamait le paiement, et comme il n'avait pas de personnalité, on s'adressait à son détenteur. Celui-ci était tenu de libérer son immeuble ; et beaucoup de coutumes ne faisaient guère de différences entre l'obligation du détenteur et celle du vrai débiteur (2). Cette situation était intolérable.

Les hypothèques étaient occultes, et nul ne savait si en achetant un bien, il ne grévait pas son patrimoine de lourdes charges. Même lorsque le détenteur connaissait les dettes hypothécaires qui pesaient sur l'immeuble, dont les plus importantes étaient les rentes, il pouvait se faire qu'une forte dépréciation du bien se produisit, et les revenus devenaient insuffisants pour acquitter les charges de l'immeuble. Le propriétaire avait alors en main une propriété de valeur négative et qu'il eût été de son intérêt d'abandonner. Mais nous croyons pouvoir

(1) Notre Code civil qui a supprimé l'hypothèque résultant des actes notariés aurait dû ne pas conserver celle qui résulte des décisions judiciaires.

(2) Nous en trouvons la preuve dans le témoignage de Loyseau, que nous citerons plus loin.

affirmer que la faculté de délaisser n'était pas accordée au détenteur. Loyseau qui, le premier, fit une théorie complète du déguerpissement, s'appuie toujours sur le droit romain, et à la fin de son ouvrage seulement, il cite deux ordonnances de nos rois, qui, selon lui, auraient introduit le délaissement en France (1).

La première de ces ordonnances, connue sous le nom de *Philippine* ou *Privilège des Bourgeois*, fut rendue en 1343 par Philippe VI de Valois, après la première guerre contre les Anglais ; la seconde fut édictée par Charles VII en 1441, à la fin de la guerre de Cent ans. Ces lois n'eurent pas pour but de permettre aux détenteurs de se libérer en abandonnant l'immeuble aux créanciers hypothécaires ; mais à cette époque, la plus sombre de l'histoire française, beaucoup de tenanciers, ruinés par l'étranger ou la guerre civile, fuyaient leurs champs dévastés, leurs maisons incendiées, pour se soustraire aux poursuites des créanciers hypothécaires ou des titulaires de rentes sur les biens qu'ils possédaient. Le déguerpissement était si peu connu que les créanciers n'avaient aucun droit à invoquer pour exercer les prérogatives de propriétaires sur les biens ainsi abandonnés. Les ordonnances citées par Loyseau furent faites pour permettre aux nombreux rentiers privés de leurs revenus de prendre possession des biens délaissés qui leur étaient hypothéqués, afin d'en tirer le meilleur parti possible.

(1) Cf. Loyseau, *Le déguerpissement* (ed. 1598. liv. VI. f. 57).

Cette dernière ressource était employée dans le seul cas où le détenteur avait disparu ; mais si on le retrouvait, s'il possédait d'autres biens, on pouvait le poursuivre au lieu de prendre possession de l'immeuble engagé.

SECTION II

Le droit au délaissement.

Le déguerpissement entra dans l'usage au commencement du xvi^e siècle. Il était en effet logique de dire : le détenteur est tenu *propter rem*, à cause du droit de propriété qu'il exerce sur le bien, il sera libéré en abandonnant cette propriété, ce maximum de droits qu'on peut avoir sur l'immeuble (1). Son introduction dans la pratique a été des plus timides et la Coutume de Paris, qui pourtant a dû être la première à l'admettre, puisque les

(1) Il est intéressant de faire remarquer les anomalies qui se présentent en droit. Ainsi le raisonnement que nous venons de rapporter a triomphé pour l'hypothèque, et n'a pas été admis pour établir de quelle manière l'héritier est tenu des dettes du défunt. Celui-ci est également tenu à cause des choses qu'il a reçues il n'en doit pas moins, en principe, les dettes « *ultra vires successionis*. » On explique cela par la théorie romaine qui considère l'héritier comme un successeur de la personne. Mais notre vieux droit regardait avec autant de raison l'hypothèque comme une obligation du propriétaire *in abstracto* de l'immeuble hypothéqué et il eut été possible que le détenteur restât tenu sans pouvoir déguerpir si, à côté de l'utilité que présentait le délaissement, on n'eût pas cru trouver sa légitimation dans l'hypothèque romaine.

ordonnances de 1343 et de 1441, qui sont un acheminement vers le droit de déguerpir, concernaient les seuls bourgeois de Paris, indique très bien dans son article 101 que l'obligation du détenteur est de payer hypothécairement les rentes et arrérages qui sont deus. Et elle ajoute, comme une grande faveur « à tout le moins doivent-ils délaisser les héritages pour estre vèdus et adjugez par décret ». Beaucoup de coutumes ne parlent même pas de la faculté de déguerpir.

Pendant les guerres de religion, la propriété immobilière subit une crise désastreuse. Non seulement les biens avaient été dévastés par les différents partis, mais les débiteurs peu scrupuleux avaient profité des troubles et de la faiblesse de l'autorité pour se soustraire à leurs obligations. Bien plus, le gouvernement de la ligue, pour attirer à lui les petits bourgeois de la capitale dont les maisons étaient presque toutes grevées de rentes, défendit de poursuivre les tenanciers jusqu'à la fin de la guerre. Il en résulta une confusion telle, qu'au moment où Henri IV ramena la paix dans son royaume, et qu'il fut enfin possible de se faire rendre justice, beaucoup de tiers détenteurs préférèrent abandonner leurs immeubles parfois ruinés, plutôt que d'acquitter les charges qui s'étaient accumulées sur eux.

La légitimité du délaissement fut agitée de nouveau par les jurisconsultes, et pour trancher le différend, on eût recours à l'éternelle « raison écrite », au droit romain.

Nous avons vu dans notre première partie comment cette législation, considérant l'hypothèque comme un simple droit à la possession, obligeait le tiers détenteur à abandonner cette possession au créancier, sans être nullement tenu de payer la dette. Cette solution était la conséquence d'une conception de l'hypothèque bien différente de l'*obligatio bonorum* au xvi^e siècle. Mais nos jurisconsultes ne purent pas analyser si profondément la loi romaine, et ils appliquèrent sans trop de prévoyance les solutions qu'elle donnait.

En 1598, Loyseau écrivit son traité du *Déguerpissement*, et depuis, le droit français enseigna, comme le droit romain, que la seule obligation du détenteur est de délaisser. Le paiement est pour lui une *facultas solutionis*.

Le passage suivant de Loyseau, dans lequel il commente l'article 401 de la coutume de Paris, résume les raisons d'admettre le déguerpissement en même temps qu'il laisse voir combien ce savant auteur se trompait sur la théorie romaine (1).

« Les détenteurs sont tenus hypothécairement de
« payer les rentes et les arrérages qui sont deubs, à tout
« le moins sont tenus délaisser les heritages pour estre
« védus, et adjugez par décret (art. 401 de la Coutume
« de Paris).

« Ces mots contiennent précisément la *conclusio* hypo-

(1) Loyseau, *Ibid.* liv. III, f^o 69.

« thécaire dont nous usons en France en l'*actio* hypothé-
« caire. Mais ceste *conclusio* semblera fort estrange à
« un legiste, et luy sera malaisé à entendre que c'est-à-
« dire *hypothécairement payer*. Car comment peut-on
« condamner à payer celui qui n'a rien promis, qui n'a
« point contracté, et qui n'est point obligé ni héritier de
« l'obligé? Aussi la marque principale et infaillible des
« actions pures réelles (comme est l'hypothécaire) est que
« leur conclusion première se dirige contre la chose et
« non contre la personne. Et de faict tous les interprètes
« du droict sans aucun excepter qui ont formé le libelle
« et conclusion de ceste action ont dit concordamment
« qu'en icelle on ne peut conclure autre fin, sinon à ce
« que la chose soit déclarée affectée et hypothéquée à la
« dette, et partant que le détenteur d'icelle soit con-
« damné la délaisser par hypothèque au créancier.
« Mesme la loy *si inter colonum* § v. l. t. D. *de pignor*, dit
« que si la chose hypothéquée vaut davantage que la
« dette, le détenteur condamné hypothécairement n'est
« pas quitte de payer la dette, ainsi qu'il faut précisément
« qu'il rende et délaisse l'héritage sil le peut faire, sinon
« qu'il paie sa juste valeur et estimation, qui est bien
« pour montrer que le détenteur convenu hypothécaire-
« ment nestoit pas condamné à payer la dette ny préci-
« sément ny alternativement, mais seulement de laisser
« l'héritage.

« Toutes fois, la décision de ceste loy est selon la ri-
« gueur du droict, mais l'équité a admis la décision con-

« traire, à scavoir que comme le débiteur, aussi le tiers
« détenteur peut se décharger de délaisser la chose,
« *jure pignoris*, en payant la dette. »

Loyseau ne s'explique pas pourquoi le détenteur qui ne peut délaisser doit payer à Rome l'entière valeur du bien et non pas seulement les créances hypothécaires. Pour lui, la mise en possession n'avait en droit romain qu'un but : permettre l'exécution de l'immeuble, il n'y voyait pas l'exercice d'un droit spécial. « En France, dit-il, nous n'avons que faire d'intenter l'*actio* hypothécaire contre le débiteur ou obligé. Car nos côtrats ont exécution parée, ou s'ils ne l'ont... on les fait déclarer exécutoires par le juge (1). »

Ainsi, d'après Loyseau, l'hypothèque n'est plus une dette qui pesant sur l'immeuble peut être demandée à tous ses détenteurs. C'est une charge, un droit d'exécuter le bien partout où on le retrouve. Le paiement par le détenteur devient le rachat de cette charge il ne forme plus l'objet de l'*obligatio bonorum*.

Mais cette conception n'était pas encore générale; l'auteur du déguerpissement rappelle l'opinion courante qui regardait le détenteur comme obligé de payer, et il la critique vivement.

« La pratique de France a été conduite par gens
« qu'ignoroient le droict, et qui ne scavoyent ny la
« source ny pareillement la forme de ceste action. Et

(2) Loyseau, *Ibid.* (livre III, f° 62).

« encores, cest erreur a passé plus outre en aucuns
« lieux, où seulement on conclud contre un tiers déten-
« teur à payer hypothécairement, sans exprimer qu'il
« puisse quitter l'héritage (1).

Il défend sa propre théorie avec énergie parce qu'il croit restaurer l'idée romaine, tout entière. A part le droit écrit, il n'a aucune certitude; il déclare « construire en un gouffre de difficultez (2) » et « esclarcir la matière la plus difficile du droict françois (3). »

Loyseau s'occupe dans son ouvrage de justifier le délaissement et d'en fixer les règles. On n'y trouve pas une théorie générale de l'hypothèque. L'engagement de l'immeuble lui apparaît comme un droit irrévocable de saisie opposable à tous, mais il ne s'occupe pas de justifier le droit de préférence sur le prix. Avec l'ancien système, qui poursuivait l'immeuble débiteur, on réclamait à tout détenteur et on obtenait par préférence le paiement. Mais la théorie de Loyseau rend cette explication impossible. L'objet de l'hypothèque est l'immeuble engagé, c'est lui que l'on saisit en toutes mains, en vertu du droit de suite que confère tout droit réel.

L'erreur de nos anciens jurisconsultes a été de croire qu'en saisissant l'immeuble aux mains des tiers, les créanciers n'exerçaient qu'un des éléments de l'hypothèque; le droit de suite. En réalité, ils exercent aussi le

(1) Loyseau, *Ibid.* (liv. III f° 70).

(2) *Ibid.* (liv. IV, f° 1).

(3) *Ibid.* (liv. VI, f° 57).

droit de préférence puisqu'ils prennent le bien de préférence aux tiers détenteurs et leurs créanciers. Logiquement, il ne devrait plus rien rester du droit hypothécaire après la saisie aux mains des tiers, et nous voyons qu'à Rome, il en était ainsi. L'action hypothécaire était éteinte ; le créancier ne pouvait faire valoir que son droit sur la créance du prix, son *pignus nominis* qui était, nous l'avons vu, une véritable cession.

Pour comprendre comment on est arrivé à dire en France, qu'on touchait le prix par ordre, en vertu du droit de préférence, il faut considérer que généralement, l'immeuble hypothéqué ne sortait pas du patrimoine du débiteur. On saisissait alors le bien, non pas du chef de l'hypothèque, mais en vertu du droit de simple créancier. Quand l'immeuble était vendu, le droit hypothécaire était encore intact ; on l'exerçait en touchant le prix par préférence, car l'*obligatio bonorum* était un droit réel.

Pour faire comprendre la marche un peu complexe de la règle que nous étudions, on pourrait dire : On conserva la notion française de l'*obligatio bonorum* pour les cas où l'immeuble restait aux mains de l'obligé ; mais la théorie du délaissement fit admettre l'idée romaine toutes les fois que l'immeuble était détenu par des tiers.

Dans le premier cas, l'objet de l'hypothèque, de l'*obligatio* était le paiement ; dans le second, c'était l'immeuble. L'hypothèque moderne est sortie de la conciliation de ces deux théories, conciliation qui du reste a été facile.

Quand on exécutait un débiteur qui avait aliéné un des immeubles hypothéqués, on poursuivait ce dernier aux mains des tiers, et s'il était délaissé, on le comprenait dans la vente des autres biens. Il est évident qu'en cet état, on devrait distribuer suivant le même ordre le prix de tous les biens engagés, et il n'était pas admissible qu'on colloquât par préférence les créanciers hypothécaires sur le prix des immeubles restés en la possession du débiteur, et qu'on distribuât au marc le franc le prix de l'immeuble aliéné, sous prétexte que l'hypothèque avait été éteinte par la poursuite aux mains d'un tiers. Mais il fallait expliquer la solution qu'imposait l'équité, et dont l'application n'a jamais été contestée. Seule, la justification théorique manquait. Les juristes la trouvèrent dans une analyse du droit hypothécaire qui leur parut être confirmée par le droit romain.

Ils distinguèrent dans l'hypothèque non plus *deux éléments*, mais *deux droits indépendants* : la suite et la préférence. Le premier avait pour objet l'immeuble, le second le paiement de la dette sur les produits du bien : les fruits immobilisés et le prix.

Une pareille distinction n'a jamais été faite à Rome. Nos anciens auteurs ne connaissaient que l'œuvre de Justinien, ils n'avaient aucune notion sur les développements juridiques antérieurs. Les apparences les ont trompés.

A Rome, en effet, l'hypothèque est double. Elle comprend un droit réel complet sur la chose, et un *pignus*

nominis ou cession de la créance du prix. Or, ce dernier était toujours sous-entendu à l'époque de Justinien et ne comportait pas l'exercice d'un droit de suite (1). D'un autre côté, notre vieux droit avait aboli la mise en possession du premier créancier (2). On faisait vendre le bien par autorité de justice. De sorte que le xvi^e siècle recueillit des débris du système romain : le droit de suite de l'hypothèque sur la chose, et le droit de préférence du *pignus nominis*.

Son erreur fut de faire de ces deux droits les éléments d'une hypothèque unique.

Les jurisconsultes croyaient avoir transporté en France le système romain. Aussi leur embarras est-il grand, lorsqu'ils rencontrent au Digeste quelques vestiges de la théorie classique. Par exemple, ils ne comprennent pas le texte de Paul, où il est dit que le créancier commet un *furtum* s'il vend le gage malgré la convention contraire : Faler déclare que le jurisconsulte est tombé ici dans une grande erreur (3). Loyseau, plus sage, avoue ne pas comprendre bien des points du régime hypothécaire ro-

(1) Nous avons vu qu'il était difficile de classer le *pignus nominis*. Beaucoup de bons auteurs se refusent à y avoir un droit réel. C'est seulement une cession opposable aux tiers.

(2) Loyseau, *Déguerpissement* (liv. VIII, f° 82) dit : « Quant aux hypothèques, au lieu qu'à Rome on les convertissait en gages conventionnels, par le moyen de l'action hypothécaire, nous, au contraire, les laissons devenir gages de justice... Car la mission en possession a été abolie par les ordonnances de nos Rois ».

(3) Cf. Faber, *De error pragmat.*, t. II, dec. LXII, er. 7.

main : « L'usage qu'avoient les Romains de poursuivre
« et de vendre les gages et hypothèques estoit entière-
« ment divers et différent du nostre, voire si aliène que
« nous avons quasi perdu l'intelligence et cognoissance
« de celuy des Romains, dont vient que plusieurs loix de
« ceste matière sont mal entendues parmy nous, et allé-
« guées mal à propos (1). »

Nous venons d'assister dans cette évolution à la genèse de la notion actuelle de l'hypothèque. Elle nous apparaît comme le produit d'influences diverses, où les institutions se mêlent et se compliquent l'une l'autre. Notre droit a pris à la fois l'unité de l'*obligatio* féodale et la dualité de l'hypothèque romaine.

Il nous faut rechercher avant de clore cette partie de notre étude comment les juristes français ont expliqué l'anomalie de cette notion hypothécaire, où un droit unique se décompose en deux éléments ayant chacun un objet distinct, et des conditions d'existence et d'exercices toutes différentes.

SECTION III

Indépendance des droits de suite et de préférence.

Il s'agit de savoir comment s'est développé à partir du ^{xvi}e siècle le principe de l'indépendance du droit de

(1) Loyseau, *loc. cit.* (liv. III, f° 75).

suite et du droit de préférence, et par quelles raisons les jurisconsultes ont malgré cela expliqué l'unité du droit hypothécaire.

Dans notre ancien droit, nous rencontrons d'abord le droit de préférence sans droit de suite dans l'application de la règle « Meubles n'ont pas de suite par hypothèque ».

Les pays de droit écrit avaient admis par imitation du droit romain l'hypothèque des meubles, qui fonctionnait d'après les principes reçus au Digeste. Au ^{xiii}^e siècle, les coutumes d'Arles, de Montpellier et d'Aigues-Mortes admettaient le droit de suite sur les meubles, et il est probable qu'il en était ainsi dans la plupart des villes de cette région. Mais la poursuite des meubles présente de gros inconvénients. Basnage (1) nous dit qu'admettre le droit de suite en matière de meubles serait rendre leur circulation bien difficile, parce qu'un acheteur ne serait jamais en sûreté. Au reste, le créancier qui veut s'assurer un droit sur un meuble doit s'en faire nanrir.

Ces raisons pratiques et l'influence des pays coutumiers firent admettre partout que l'hypothèque des meubles n'emporterait pas droit de suite : « L'article 170 de la Coutume de Paris, dit Argou, qui porte que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, est reçu dans tout le royaume (2). »

(1) Basnage, *Traité des hypothèques*, ch. IX.

(2) Argou, *Institutions au droit français*, (t. II, liv. IV, ch. 3).

Il est probable qu'à l'origine de cette réforme, on considéra simplement que le droit de suite était paralysé dans l'hypothèque des meubles, qu'on ne l'employait pas dans l'intérêt général. Mais plus tard, on enseigna que le droit de préférence existait seul. « Les coutumes d'Anjou, du Maine et de Normandie, dit Pocquet de Livonnière (1), qui ont adopté comme les pays de droit écrit la collocation sur le prix des meubles par ordre d'hypothèque, rejettent en même temps le droit de suite. »

Le privilège mobilier n'emportait lui non plus aucun droit de suite, sauf dans deux cas où l'influence romaine se fait sentir :

1° Le privilège du bailleur peut s'exercer sur les meubles de la maison ou de la ferme, enlevés furtivement par le locataire.

2° Le mobilier suit le meuble en toutes mains si la vente à eu lieu sans terme. Dans ce cas, c'est la revendication qu'on intente contre le détenteur, car : *Venditæ verores et traditæ non aliter, emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit* (2). »

Les pays coutumiers rejettent purement et simplement l'hypothèque des meubles (3), mais ils admettent le

(1) Pocquet de Livonnière, Règles de droit français, liv. IV, ch. I, et contenues d'Anjou a. 421, du Maine, a 436, de Normandie 593.

(2) La solution n'est pas la même dans une vente à terme, par ce qu'alors le vendeur a suivi la foi de l'acheteur. C'est encore la solution romaine : *Sed si is qui vendidit, fidem emptoris secutus est dicendum est statim rem emptoris fieri*. (Instit. § 51, De rer. divis.).

(3) Cf. Pothier, Procédure civile, ch. 2, sect. 2, art. 7, § 2. L'art. 170, de la Coutume de Paris, et 447 de la Coutume d'Orléans. La solution

privilège mobilier, qui est la cause de préférence unique sur les meubles en cas de déconfiture du débiteur. Quand les biens sont suffisants pour éteindre toutes les dettes, le premier saisissant a aussi une cause de préférence supérieure à toutes les autres sur les objets saisis (1). La saisie arrêt et le privilège emportent seuls droit de préférence sur les meubles en droit coutumier. Ni l'un ni l'autre ne confèrent de droit de suite.

Cependant nous retrouvons dans les articles 171 et 176 de la Coutume de Paris les deux exceptions signalées en pays de droit écrit :

1° Le bailleur peut réclamer aux tiers le rétablissement des objets enlevés furtivement de la ferme ; et l'article 415 de la Coutume d'Orléans lui permet même de saisir lui-même ces meubles aux mains des possesseurs de bonne foi (2).

2° Le vendeur de meubles au comptant n'en perd la propriété qu'en touchant le prix. Jusque-là il peut les revendre et les suivre en toutes mains : « Qui vend aucune chose mobilière sans jour et sans terme, espérant être payé promptement, il peut sa chose poursuivre, en

des pays Coutumiers était encore admise dans les pays de droit écrit dépendant du parlement de Paris et de celui de Toulouse (Cf. Argon, *loc. cit.*

(1) Art. 178, de la Court. de Paris, 447 de la Court d'Orléans.

(2) Art. 415 de la Court. d'Orléans. « Le seigneur d'hôtel ou de rente « foncière peut poursuivre les biens enlevés de son hôtel et iceux « par lui, son procureur, ou commis (un sergent appelé) prendre « saisir et en lever par exécution.

quelque lieu qu'elle soit transportée, pour être payé du prix qu'il l'a vendue (1). »

Ainsi dans l'ancien droit, le droit de préférence existait seul dans l'hypothèque et le privilège mobilier. Nous allons voir que dans l'hypothèque ordinaire il survivait au droit de suite. Pour le démontrer, il suffit de rappeler les effets des décrets et plus généralement la théorie de la purge des hypothèques.

La première organisation légale de la purge date de 1551, année où l'édit des Criées rendu par Henri II, fixa les effets très importants de la vente en justice. L'article 13 de l'édit dispose que le décret purge l'immeuble de tous les droits réels, servitudes, rentes foncières, privilèges et hypothèques et éteint même le droit de propriété, si les titulaires de ces différents droits ne les conservent pas par l'opposition.

Il y a trois sortes d'oppositions correspondant aux divers droits compromis par le décret ; mais l'opposition à fin de conserver dont le but est de sauvegarder les hypothèques, au lieu de les préserver tout à fait, comme les autres oppositions conservent intacts les droits de propriété de servitudes ou de rente foncière, porte seulement sur le droit de collocation ou de préférence, et non sur le droit de suite dont l'extinction est entraînée par le décret forcé.

Il en résulte que les deux éléments de l'hypothèque

(1) De Laurière, sur l'art. 176 de la Coutume de Paris.

ne sont pas éteints par la même cause. Le droit de suite disparaît radicalement sous l'influence du décret ; le droit de préférence est éteint par le défaut d'opposition, qui en entraîne la déchéance d'une façon absolue, même à l'égard des créanciers les plus intéressants, tels que l'Eglise ou les mineurs(1).

Il y avait donc survivance du droit de préférence au droit de suite ; le droit de préférence, conservé par l'opposition au décret s'exerçait dans l'ordre, qui est un jugement destiné à fixer le rang dans lequel les créanciers doivent être colloqués sur les deniers provenant du prix. Cette survivance apparaît clairement dans les pays où la distribution des deniers suivait l'adjudication. Un laps de temps parfois considérable s'écoulait entre l'exercice du droit de suite et la collocation par préférence. Dans le ressort du Parlement de Bordeaux, l'ordre pouvait avoir lieu avant l'adjudication, mais comme les oppositions étaient reçues malgré cela jusqu'à la levée du décret, il y avait le plus souvent lieu de redresser l'ordre antérieur et en réalité le droit de préférence survivait toujours à l'adjudication.

Ainsi, dès le xvi^e siècle, nous voyons s'affirmer l'indépendance du droit de suite et du droit de préférence, qui

(1) Cf. Un arrêt du Parlement du 17 mars 1588 rapporté par Mor-nac ; et une décision analogue rendue aux grands jours de Clermont, rapportée par de Héricourt (*De la vente des immeubles par décret*, p. 141 et 326).

se comportent bien plus comme deux droits de nature différente qu'en élément de la même institution.

Cependant il ne faudrait pas croire que cette théorie fut générale, et que l'on eût tout à fait oublié en France l'unité de l'ancienne *obligatio*. L'édit de 1551 n'avait pas force de loi en Artois et dans le ressort du Parlement de Douai, où l'on avait refusé de l'enregistrer. Dans ces pays, il n'était pas nécessaire de faire opposition pour conserver son droit à la collocation, et le créancier hypothécaire pouvait en tout état de cause demander le redressement d'un ordre fait à son préjudice. Le droit à la collocation subsistait même après la distribution des deniers, et ne pouvait s'éteindre que par le paiement ou la prescription de la créance. Le conseil d'Artois admit ces décisions dans deux actes de notoriété du 21 avril 1684 et du 15 mai 1691. Le Parlement de Paris reconnût la validité de cet usage par un arrêt de 1716 ; et nous trouvons encore la même solution confirmée dans un arrêt du Parlement de Flandre eu 1789 (1).

Il y avait donc un certain droit de suite sur les deniers constitutifs du prix, et il nous paraît que, en ces provinces, la purge avait pour but de subroger le prix à l'immeuble et l'hypothèque entière passait sur le prix. La théorie de la subrogation réelle avait été élaborée pour expliquer que l'hypothèque ainsi transmise ne changeait pas en réalité d'objet ; et pour employer une comparaison,

(1) Cf. De Héricourt, *loc. cit.*, ch. IX. n° 5 et 6. Merlin. *Répertoire au mot opposition aux criées*, § 2 et 3.

qu'il faudrait se garder de pousser trop loin, on établissait entre l'immeuble et son prix une relation analogue à celle qui existe entre le *de cujus* et l'héritier.

Le prix n'est pas une chose identique à l'immeuble, mais c'est la même valeur intrinsèque apparue sous une autre forme. Les grands juristes du ^{xviii}^e siècle, Domat, Bourjon et Pothier, fondirent ensemble la théorie de l'indépendance des droits de suite et de préférence et celle de la subrogation, pour expliquer l'exercice si différent de ces deux droits, tout en leur conservant le caractère d'éléments d'un droit plus général et unique l'hypothèque.

Nous assistons alors à un curieux mouvement juridique ; tandis que la pratique traite de plus en plus la suite et la préférence en droits étrangers l'un à l'autre, les théoriciens s'évertuent à établir que leur ensemble forme un droit unique ayant un seul objet et un seul mode d'exercice.

Nous ne nous attarderons pas à démontrer la première de ces deux propositions en étudiant le fonctionnement de la purge des hypothèques, soit dans le système des décrets volontaires, dont les effets bien connus sont exposés par Pothier, de Héricourt et Merlin (1), soit dans l'institution des lettres de ratification qui les remplaça en 1771 (2).

(1) Sur les décrets volontaires, cf. Pothier, Introd. tit. XXI, Court. d'Orléans, § 2, De Héricourt, *loc. cit.* ch. 15, p. 356, Merlin, *Repert.*, au mot *Décret d'immeubles*, § 2.

(2) Sur l'édit de 1771. Cf. Grenier, *Commentaire s. l'édit de 1771* Merlin, *Repert. au mot lettres de ratification*.

Partout, le principe de l'édit des criées de 1551, reste la base de la législation.

Le droit de suite s'exerce sur l'immeuble soit par la poursuite aux mains des tiers, soit par la faculté d'enchérir sur le prix de vente. Le droit de préférence s'exerce après l'extinction du droit de suite sur les derniers provenant du prix, à la condition d'avoir été sauvegardé par une opposition faite en temps utile.

Mais tandis que les lois se préoccupent fort peu de l'unité de l'hypothèque, les jurisconsultes s'attachent à en sauvegarder le principe, en identifiant le prix et l'immeuble, l'objet du droit de préférence et du droit de suite.

Ainsi, nous lisons dans Bourjon, « à l'aide de l'opposition, l'hypothèque subsiste sur le prix de l'adjudication, qui est à l'égard des créanciers *représentatif de l'héritage* (1) ». On ne peut exprimer plus nettement cette idée que l'hypothèque, dépouillée de son droit de suite, se détache de l'immeuble pour se produire comme droit de préférence sur le prix. Mais ce transport n'est permis qu'en raison de la subrogation du prix à l'immeuble qu'il représente.

L'idée de Pothier est plus obscure. Il semble dire que l'acquéreur achète à la fois l'immeuble et les droits d'hypothèque pour un seul prix : « En adhérant par une opposition à la saisie réelle qui a été faite, c'est le droit

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, tome II, p. 585.

« d'hypothèque que j'ai dans le bien que j'exerce et que
« je poursuis. La somme pour laquelle je suis utilement
« colloqué dans l'ordre, en même temps qu'elle est la
« somme qui m'est personnellement due, est aussi le
« prix de mon droit d'hypothèque, et c'est en tant qu'elle
« est le prix de mon hypothèque que je suis colloqué
« dans l'ordre (1).

Aucun des auteurs du XVIII^e siècle ne range la purge parmi les modes d'extinction des hypothèques. C'est par ce qu'après l'adjudication, l'hypothèque subsiste encore non sur l'immeuble, mais sur le prix ; elle commence à s'exercer sur le bien, puis sur les deniers ; et la théorie de la subrogation réelle permet de dire qu'elle a un objet unique, qui est aussi l'objet de ses éléments.

C'est la première fois que nous parlons dans cette étude de subrogation réelle. On peut la définir « Une fiction juridique en vertu de laquelle une chose nouvellement entrée dans le patrimoine d'une personne, représente à certains égards, celle qui en est sortie, la chose nouvelle revêtant une ou plusieurs des qualités de l'ancienne (2).

Nous ne pouvons pas même esquisser ici l'ensemble de cette théorie, dont la substitution du prix à la chose hypothéquée est une des applications les plus infimes.

(1) Pothier, *loc. cit.*, § 17, *Du sous ordre*, n° 142.

(2) Cf. Flach, *De la subrogation réelle* (dans *Revue de Droit français et étranger*, t. XIV, p. 452). Pothier de la Communauté, n° 197, *Des propres*, sect. II, § 1. Renusson, *Des Propres*, ch. I, sect. X, n° 1, p. 24. Aubry et Rau III, § 321, p. 117.

Il faut retenir, seulement, que la subrogation est une fiction, et c'est toujours arbitrairement qu'on met une valeur à la place d'une autre. Toute l'histoire de cette théorie et ses nombreuses applications nous en offrent une série indéfinie d'exemples, qui ne trouvent leur justification que dans des motifs d'équité (1).

On a invoqué le droit romain pour justifier en bien des cas la subrogation, mais cette législation a fait de cette théorie un usage très modéré et la règle : *In judiciis universalibus res succedit in locum pretii, pretium in locum rei* est l'œuvre des glossateurs (2), qui l'avaient tiré du senatus-consulte Juventien et des lois 70, 71, 72 de *legatis*, dont les solutions sont encore bien éloignées du principe de la subrogation.

Pour l'hypothèque, en particulier, les Romains n'ont jamais songé à expliquer le droit du créancier sur le prix par la subrogation. Cette idée paraît tout à fait ridicule, si l'on songe qu'à Rome ce droit était une quasi-servitude pesant sur la chose. Il eût été irrationnel de réclamer un droit de même nature sur le prix.

En France, lorsque l'hypothèque était appliquée sous la forme de l'*obligatio bonorum* devenue droit réel, cette exécution toute privilégiée d'un immeuble, était en définitive un droit sur une valeur abstraite, représentée tantôt par l'immeuble, tantôt par son prix ; le véritable objet de l'*obligatio* étant le paiement, on comprenait

(1) Cf. Flach., *loc. cit.*

(2) Glose, *ad leg. 10, Si quid caut ; in jud. 21. — Ad leg. 28, § 5, D. 5, 3.*

très bien que le droit de préférence s'exerçât sur les deniers.

Le xvi^e siècle eut la prétention d'admettre en France la théorie romaine. Il enseigna que l'hypothèque était comme à Rome un droit *dans la chose*. Il fallait alors prendre la théorie entière, et dire que ce droit ne porte que *sur la chose*. Mais nos jurisconsultes n'avaient pas saisi le fonds de la notion romaine, ils ne connaissaient pas le *pignus nominis*, c'est-à-dire la cession de la créance du prix, sous entendue dans toute hypothèque, et comme le but de la sûreté réelle est le paiement, on devait le justifier malgré tout. C'est pour cela qu'ils continuent à dire que l'hypothèque constitue l'immeuble débiteur. C'est toujours la formule de la vieille *obligatio*, mais on l'explique différemment. Cela veut dire que le droit a pour objet l'immeuble et pour but le paiement sur sa valeur (1).

Il en résulte que tous deniers tirés directement du bien, tels que le prix et les fruits, seront affectés au paiement; et c'est sur cette base bien fragile, dernier vestige de la théorie du moyen âge, qu'on s'est appuyé pour justifier la subrogation du prix à la chose dans l'hypothèque. Toutes les valeurs qui entreront dans le patrimoine du débiteur où elles représenteront l'immeuble, comme par exemple les indemnités dues par un tiers pour dommage causé au bien, ne pourront être subrogées au

(1) Cf. dans Pothier, *traité des hypothèques*, § 1.

bien, parce qu'elles n'en émanent pas, elles ne sont pas produites par lui. Si les créanciers touchaient ces indemnités on ne pourrait pas dire que l'immeuble paie.

Si j'ai une hypothèque sur la maison A ou le fonds C, je ne puis toucher par préférence que des deniers qui sont, pour ainsi dire, les pierres de la maison ou la terre du fonds monétisées.

Une pareille notion de l'hypothèque est critiquable, parce qu'elle repose sur une fiction. Elle est à la fois trop large et trop étroite ; trop large parce qu'il est impossible d'identifier le prix à la chose, trop étroite parce qu'elle prive les créanciers de valeurs qu'il serait juste de leur attribuer par préférence.

SECTION IV

La théorie de l'objet du droit de préférence dans le droit intermédiaire et le Code civil.

Pour terminer l'histoire de la notion hypothécaire, jettons un coup d'œil sur le droit intermédiaire et le Code civil.

La Révolution a été prodigue de lois, mais sur aucune matière de droit civil elle n'a laissé des monuments législatifs plus importants que sur le régime hypothécaire. Elle s'est attachée surtout à remédier aux inconvénients pratiques de l'ancienne législation, et l'innovation la plus heureuse qu'elle ait admise est le principe de la publicité

de toutes les charges réelles. — Quant à la notion même de l'hypothèque, elle ne paraît pas avoir cherché à l'approfondir, elle a recueilli religieusement celle de Domat et de Pothier.

Cependant les idées et les institutions romaines étaient tellement en honneur à cette époque, qu'on tenta de revenir au système hypothécaire romain, et le projet présenté à l'Assemblée Constituante en 1791 établissait sur les meubles une hypothèque conférant le droit de préférence sans droit de suite (1). Cette proposition n'aboutit pas, mais elle nous montre combien dans l'esprit des jurisconsultes de ce temps, le droit de préférence était indépendant du droit de suite. L'hypothèque était pour eux un composé dont les éléments formaient chacun un droit complet, ayant une existence propre et pouvant se suffire à lui seul. Cependant, le décret de la Convention du 9 Messidor, an III (2) revint à l'idée d'unité de l'hypothèque, que fortifia la création des cédules hypothécaires (3) car ce droit apparaît nettement ici comme un gage sur une valeur abstraite représentée tantôt par l'immeuble, tantôt par son prix.

(1) Cf. Laferrière, *Rev. du dr. français et étranger*, 1848, p. 2.

(2) V. le texte de ce décret dans Duvergier, collection de loi et décret, t. VII.

(3) La cédule hypothécaire dont le but est la mobilisation du sol est l'hypothèque prise par le propriétaire sur ses propres immeubles, constatée sur une cédule transmissible par endossement. D'après le décret de l'an III, la cédule était valable pour 10 ans et pouvait égaler les trois quarts de la valeur de l'immeuble. Ce décret ne fut jamais appliqué.

Le législateur, sollicité par deux tendances contraires, se contenta de garder l'idée traditionnelle, et les lois du 11 Brumaire, an VII, consacrent à la fois les principes de l'unité de l'hypothèque et de l'indépendance de ses éléments. D'une part, en effet, elle déclare que l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés au paiement d'une obligation (art. 1^{er}) ; et d'autre part, elle regarde le droit de préférence comme tellement distinct du droit de suite, que leur exercice est réglé dans deux lois différentes quoique du même jour.

La première loi du 11 Brumaire an VII sur le régime hypothécaire ; s'occupe du droit de suite (T. II) ; la seconde sur « l'expropriation forcée et l'ordre », fixe le droit de collocation qui a survécu au droit de suite.

En résumé, les lois de Messidor, an III et de Brumaire, an VII, malgré les changements remarquables qu'elles ont apportés au régime hypothécaire, ont maintenu le principe de la séparation du droit de suite et du droit de préférence. Le premier se manifeste et s'exerce dans la purge, le second dans l'ordre.

C'est le système des décrets et de l'édit de 1771. Un seul point est à noter. Avant la publicité des hypothèques, le créancier devait faire opposition au décret pour conserver le droit d'être colloqué par préférence sur le prix. Sous la loi de Brumaire, la position est changée, car tous les créanciers hypothécaires sont

(1) V. les textes de ces lois Duvergier, t. XI, p. 16 et s.

connus. On n'a plus rien à faire pour maintenir son droit de priorité sur le prix. « Le créancier n'a pas à s'opposer dit Benech, son inscription veille pour lui ; il conserve son droit de préférence en dormant ; il n'aura de rôle actif à jouer qu'au moment de l'ouverture de l'ordre. Alors, mais alors seulement, il devra s'opposer en produisant ses titres de créance au greffe, en demandant à être colloqué à son rang, faute de quoi, il encourra la déchéance (1). »

Mais tout en décidant que les droits de suite et de préférence jouissent d'une indépendance relative, surtout quant à leur objet, le droit révolutionnaire, comme l'ancien droit a sauvé le principe de l'unité de l'hypothèque en décidant qu'elle avait en réalité un objet unique, car le prix était subrogé à la chose et ne formait qu'un seul tout juridique.

Comme l'ancienne jurisprudence, il a limité cette subrogation aux deniers qui sortaient directement de l'immeuble qui étaient produits par lui : les fruits immobilisés et le prix.

Le Code civil adopta cette théorie. On connaît les discussions nombreuses qui s'élevèrent au sujet du titre des hypothèques. Le législateur de 1804, sollicité tour à tour par des opinions contraires, préféra faire une œuvre provisoire, plus tôt que d'établir un régime hypothécaire sur une notion bien nette. Dès sa confection, notre Code

(1) Benech, *Droit de préférence en matière de purge des hypothèques légales*, p. 78.

était déjà jugé mauvais en cette matière, et inférieur à la loi de Brumaire qui l'avait précédé. Ses auteurs même le condamnaient, Merlin et Grenier qui avaient employé tout leur talent à confectionner cette partie de la législation reconnaissaient leur œuvre imparfaite, « mais tous
« deux furent d'avis que le moment n'était pas venu de
« faire sur les hypothèques une bonne loi ou même un
« bon livre. Ils sentirent le besoin d'assister quelque
« temps encore en spectateurs attentifs et résignés aux
« leçons si décisives, mais quelquefois si préjudiciables
« de l'expérience (1). »

Il ne faut donc pas s'attendre à voir le Code civil, qui en matière d'hypothèques s'est montré si conservateur, élaborer une théorie différente de celle de l'ancien droit. Et de fait nous retrouvons ici les principes de la séparation du droit de préférence et du droit de suite avec celui de l'unité de l'hypothèque, conciliés par la théorie de la subrogation.

Les articles 2094 et 2114 sont très explicites. Le premier dit : *Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques* ; et le second : *L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent.*

Ces articles donnent deux définitions différentes de

(1) *Documents relatifs au régime hypothécaire*, publiés par ordre de M. Martin (du Nord) Garde des Sceaux, I, p. 78.

l'hypothèque ; elles sont remarquables en ce que toutes deux déclarent ce droit un en son essence, et qu'elles les caractérisent par le seul droit de préférence.

L'art. 2094 dit formellement. « L'hypothèque est une cause de préférence » et tel est aussi le sens de l'art. 2114, § 1, car si en qualifiant l'hypothèque de droit réel il avait eu en vue le droit de suite, il n'aurait pas ajouté au § 3 : « Elle suit l'immeuble dans quelques mains qu'il passe. »

Dans la pensée des rédacteurs du Code, le droit de préférence est seul de l'essence de l'hypothèque et du privilège. Le droit de suite lui sert de protecteur, d'attribut très important, mais n'est pas absolument nécessaire à son existence. Cette tendance à diminuer l'importance du droit de suite est la seule nouveauté du Code dans la notion hypothécaire. On peut dire qu'elle a aggravé encore la séparation des deux éléments de l'hypothèque, qui tend à se confondre avec le droit de préférence.

A part cet écart qui est simplement l'exagération d'une idée en germe dans l'ancien droit, le Code civil a entraîné dans ses dispositions comme une lourde chaîne la notion traditionnelle de l'hypothèque, notion justifiée dans l'histoire à l'aide de deux fictions ; la première, inventée pour expliquer la réalité de l'*obligatio bonorum*, enseignait que le bien était débiteur, la seconde consistait à dire que l'immeuble et son prix formaient un objet unique parce qu'ils étaient subrogés l'un à l'autre, et qu'ils étaient produits l'un par l'autre.

Nous voudrions trouver dans la conclusion de cette longue histoire de la notion hypothécaire en France la justification du titre choisi par nous. Une étude sur l'objet du droit de préférence paraît devoir être l'examen scrupuleux de ce droit sous un jour très étroit, et cependant nous avons fait une histoire générale de la théorie de l'hypothèque. Nous l'avons placé sous cette rubrique parce qu'il est un fait essentiel à noter.

En France toutes les variations de l'hypothèque ont évolué autour d'un point unique : l'attribution par préférence du prix du bien hypothéqué. De très bonne heure on voit la jurisprudence tendre vers ce but, et lorsqu'elle l'a atteint elle a placé ce principe au-dessus de toute discussion ; elle a édifié diverses théories dans lesquelles le prix fait toujours l'objet du droit de préférence. De sorte que l'histoire de l'hypothèque est renfermée dans ces deux questions : Comment le prix est-il devenu l'objet du droit de préférence et quelles justifications a-t-on donné de ce principe ? Nous nous sommes efforcés de jeter quelque lumière sur ces deux problèmes. Reste à nous demander maintenant si notre droit n'a pas fait fausse route en prenant ce principe comme base indiscutable de tout régime, en d'autres termes ; le prix doit-il faire l'objet du droit de préférence ?

TROISIÈME PARTIE

Critique de la théorie actuelle sur l'objet du droit de préférence hypothécaire.

—

Cette partie de notre étude a pour but de faire ressortir les inconvénients de la théorie hypothécaire française. Nous ne croyons pouvoir faire mieux que de reproduire ici la notion que donne de ce droit un auteur contemporain, des plus estimés, M. Colmet de Santerre.

« Un bien peut être affecté à l'acquittement d'une obligation autrement qu'aux termes des articles 2092 et 2093 du Code civil. C'est ce qui résulte de l'article 2094 ; il peut être affecté par préférence à une créance déterminée.

« L'hypothèque implique donc le droit d'être payé sur le bien avant tout autre créancier, avant la masse des créanciers. Voilà l'essence du droit, mais ce n'est pas tout, la garantie résultant de l'hypothèque serait illusoire si le débiteur pouvait la détruire par des aliéna-

« tions ; or, un tel anéantissement du droit est toujours
« possible quand ce droit consiste uniquement dans le
« droit d'être payé avant les autres créanciers.

« Le droit d'hypothèque est complété et sanctionné
« par le droit pour le créancier de poursuivre, de *suiivre*
« le bien entre les mains de tout propriétaire, même
« étranger à la dette. Le droit survit par conséquent à
« l'aliénation.

« L'hypothèque se compose donc de deux éléments :
« le droit de *préférence* et le droit de suite, et on peut
« substituer à la définition un peu abstraite de l'article
« 2114 celle-ci : l'hypothèque est un droit de préférence
« et de suite sur un bien affecté à l'acquittement d'une
« obligation (1). »

Cette analyse de l'hypothèque est extrêmement claire, et met en relief toutes les tendances du Code. On peut dire que trois propositions principales y sont énoncées :
1° L'hypothèque est avant tout un droit de préférence ;
2° elle est un droit indivisible en son essence, c'est-à-dire qu'elle n'existe qu'à la condition de produire ses deux effets, le droit de suite et le droit de préférence ;
3° ces derniers jouissent cependant d'une diversité d'objet qui ne porte pas atteinte à l'unité de l'hypothèque, et qui s'explique par la subrogation du prix à la chose.

Ce sont bien les conclusions auxquelles nous sommes arrivés à la fin de notre partie précédente, ce sont les

(1) Demante et Colmet de Santerre, t. IV § 6, liv. II.

principes que notre législation, si elle est logique, a dû respecter.

D'après la notion du Code, nous ne devrions jamais trouver un droit de préférence hypothécaire sans droit de suite, parce que si l'un d'eux est éteint, l'hypothèque manquant d'un de ses éléments essentiels n'est plus l'hypothèque, et l'élément survivant ne se justifie plus.

Nous ne devrions jamais voir non plus le droit de préférence s'exercer sur autre chose que les prix ou les fruits immobilisés, parce que seuls ils sont produits par l'immeuble, seuls ils peuvent lui être subrogés.

Si on ne peut garder ces deux principes sans arriver à des conséquences iniques, nous serons obligés de reconnaître que notre droit en unissant l'un à l'autre les droits de suite et de préférence hypothécaires, en faisant de la sûreté réelle un droit unique et indivisible, a suivi une fausse voie, et nous nous demanderons quel remède il conviendrait d'apporter à ce mal.

Les deux principes que nous venons de poser ont été violés, ou du moins attaqués, le premier par la théorie de l'indépendance et de la survie du droit de préférence et du droit de suite ; la seconde par l'attribution aux créanciers hypothécaires dans l'ordre de préférence de certaines indemnités autres que le prix et les fruits immobilisés.

CHAPITRE PREMIER

SURVIE DU DROIT DE PRÉFÉRENCE DANS L'HYPOTHÈQUE

Nous n'avons pas l'intention d'étudier ici tous les cas où dans notre droit on rencontre un droit de préférence seul ou survivant au droit de suite. Nous avons vu que déjà dans l'ancien droit, on trouvait souvent cette anomalie. Le Code civil a eu le soin de classer la plupart de ces hypothèses parmi les privilèges, et bien que ceux-ci, d'après M. Colmet de Santerre « ne soient à vrai dire que des droits de gage et d'hypothèque » leur théorie est trop différente de celle dont nous étudions la notion pour nous y arrêter.

Mais pour l'hypothèque même, les commentateurs ont été forcés d'admettre par raison d'équité, en certains cas, l'indépendance absolue du droit de préférence et sa survie au droit de suite. Parmi les auteurs, les uns se sont constamment rattachés à l'unité de l'hypothèque dont ils ont défendu le principe, les autres ont considéré les droits de suite et de préférence comme ayant une vie propre.

Avec des points de départ si différents, on devait, malgré la nécessité d'arriver à beaucoup de solutions certaines fixées par le Code, admettre des conséquences bien différentes, donner des explications contradictoires sur divers points. Nous allons en citer plusieurs exemples relatifs aux effets de la purge et de la renonciation à l'hypothèque.

I. La purge a pour but de faire passer libre de toutes charges aux mains d'un tiers acquéreur un immeuble grevé d'hypothèques.

Pour cela, l'acquéreur fait sommation aux créanciers d'accepter en paiement le prix de l'immeuble ou d'exercer leur droit de suite par une surenchère du dixième. Quel que soit le parti choisi par les créanciers, il ne leur reste plus de droit sur l'immeuble, mais seulement sur le prix. Cet effet est ainsi indiqué par l'art. 2186 du Code civil, emprunté à la loi de Brumaire an VII (a. 32) et qui est ainsi conçu : « A défaut pour les créanciers d'avoir
« requis la mise aux enchères dans le délai et les formes
« prescrites, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé par le contrat ou déclaré
« par le nouveau propriétaire, lequel est en conséquence
« libéré de tout privilège ou hypothèque en payant leur
« prix aux créanciers en ordre de le recevoir ou
« en le consignant. » Ce texte est ambigu, il dit bien que l'immeuble est libéré, mais l'hypothèque est-elle éteinte ?

Les commentateurs l'ont compris diversement :

Martou (2) dans son commentaire sur les privilèges et hypothèques dit : « On a soutenu que l'effet juridique
« de la purge est seulement d'éteindre l'un des attributs
« du privilège ou de l'hypothèque, le droit de suivre
« l'immeuble entre les mains du tiers acquéreur, en laissant subsister le droit du créancier d'être préféré à
« d'autres sur le prix... Les auteurs qui partagent cette
« manière de voir oublient que le texte de la loi n'attache
« pas à l'accomplissement des seules formalités de la
« purge l'effet d'éteindre les hypothèques, mais bien à
« l'accomplissement des formalités et des conditions de
« la purge. Or, parmi ces conditions figure aux termes
« exprès de l'art 2186 le paiement du prix aux créanciers
« venant en ordre utile ou la consignation qui en tient
« lieu. C'est le fait de ce paiement qui clôture la procédure par laquelle le nouveau propriétaire libère définitivement son acquisition des privilèges et hypothèques
« qui la grevaient. Il est donc vrai de dire que la purge
« consommée efface à la fois le droit de suite et le droit
« de préférence. »

Cette opinion présente un inconvénient. Si les droits de suite et de préférence sont éteints par la consignation du prix, en vertu de quoi dressera-t-on un ordre pour colloquer les créanciers à des rangs divers? — MM. Aubry et Rau, sentant très bien cette objection, ont admis une opinion contraire : « La consignation, disent-

(1) Martou, *Privilèges et hypothèques*, n° 1343.

« ils, n'a d'autre conséquence que de libérer l'immeuble
« du lien d'hypothèque, et laisse subsister sur le prix
« les droits respectifs de préférence compétant aux
« différents créanciers hypothécaires, droits qui restent
« à régler par un ordre amiable ou judiciaire (1) ».

D'autres auteurs ont fait remarquer qu'il existait toujours un intervalle de temps assez long entre l'extinction du droit de suite et celle du droit de préférence. La première est faite sous la condition du paiement ou de la consignation, mais le jour où ces faits se produisent, la condition produit son effet rétroactif et d'après tous les principes juridiques du monde, l'extinction définitive de l'action hypothécaire et du droit de suite a lieu au moment de l'acceptation par les créanciers des offres de purge, faites par l'acquéreur, et à partir de ce jour-là, le renouvellement des inscriptions cesse d'être nécessaire (2).

Le droit de préférence, au contraire, s'éteint par le paiement effectué soit directement, soit par la Caisse des dépôts et consignations, sur le vu des bordereaux de collocation délivrés par le juge commissaire. Dans des cas exceptionnels, le droit de préférence disparaît autrement : soit par la négligence du créancier à produire en temps utile, soit par une collocation inutile. Il y a même un

(1) Aubry et Rau, § 293, n. 22.

(2) Troplong, III, n° 273. Martou, n° 1165. Pont, n° 1060. Colmet de Santerre. IX, p. 311. Paris, 16 janv. 1840. (S. 40, 2, 129). — *Contra*. Aubry et Rau, § 280 n. 23. — *Req. rej.* 21 mars 1848 (S. 48, 1, 273)

cas où le droit de préférence survit au paiement. La Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 21 juillet 1857, que les créanciers qui auraient obtenu de l'acquéreur, grâce à l'action révocatoire de l'art. 1167, la restitution d'une partie du prix dissimulée dans le contrat de vente, devraient affecter la somme obtenue aux droits de préférence qui peuvent leur appartenir (1).

Ainsi les controverses sont nombreuses entre les jurisconsultes. Les uns voulant sauvegarder l'unité de l'hypothèque enseignent que ses éléments disparaissent en même temps, les autres conservent indéfiniment une hypothèque sans droit de suite, et ne portant plus sur un immeuble, de telle sorte que ce droit se divise en éléments dont l'objet, le mode et le temps d'exercice sont tout à fait différents.

II. Les règles de la purge des hypothèques légales dispensées d'inscription ont fourni l'occasion aux partisans de l'unité de l'hypothèque et à ceux de l'indépendance absolue de ses éléments d'élever une controverse célèbre, tranchée plus tard par la loi du 21 mai 1858, sur la saisie immobilière.

La question s'agitait sur l'article 2195 du Code civil. Cet article ordonne aux représentants des incapables, femmes, mineurs ou interdits, de faire inscrire leurs hypothèques dans les deux mois de l'exposition du contrat de vente de l'immeuble engagé, et il ajoute : « A défaut,

(1) Cass. 21 juillet 1857. (Dal. 57, 1, 404).

l'immeuble passe à l'acquéreur sans aucune charge. »

Les commentateurs se divisèrent sur l'explication de ce texte. Les uns déclaraient que l'hypothèque de l'incapable était éteinte par sa négligence, et qu'il n'avait aucun recours à exercer, soit contre l'acquéreur, comme le disait l'article 2195, soit contre les créanciers qui leur étaient postérieurs. Les autres invoquèrent la division du droit hypothécaire, et prétendaient que le droit de suite seul était éteint par la non inscription, et que l'incapable pouvait encore être colloqué à son rang privilégié sur le prix de l'immeuble.

La question fut portée devant la Cour de cassation qui la trancha dans un sens défavorable aux incapables, par un arrêt du 13 février 1852 (1). L'argument le plus remarquable invoqué par la Cour est la négation de toute indépendance des droits de suite et de préférence. D'après elle, la femme ou le mineur qui a perdu le droit de suite ne peut plus revendiquer un droit de préférence sur le prix, parce que le prix est la représentation de l'immeuble affranchi de l'hypothèque et que le droit de collocation est la continuation et la conséquence du droit de suite. Cette idée est fondamentale pour la Cour ; elle admet l'indivisibilité du droit de préférence et du droit de suite, c'est-à-dire l'unité de l'hypothèque, et lorsque

(1) V. cet arrêt dans le *Journal du Palais*, 1852. I, 257. Une note indique l'état de la doctrine et de la jurisprudence à ce moment. Le rapport de M. Faustin Hélie, et les conclusions du procureur général Delangle s'y trouvent presque *in extenso*.

celle-ci est sans force sur l'immeuble, elle ne peut produire effet sur le prix qui en est la représentation. Ainsi cette nouvelle controverse a sa cause première dans l'imprécision du Code au sujet de l'hypothèque. Tantôt il considère ce droit comme un, tantôt il admet une certaine indépendance de ses éléments, et, suivant que l'on adopte l'une ou l'autre idée, on arrive à des applications bien différentes.

En ce qui concerne l'hypothèque des incapables, la loi du 21 mai 1858 est venue condamner la solution de la Cour suprême. Elle dispose en termes formels que la purge des hypothèques dispensées d'inscription n'a qu'un effet, celui d'enlever aux créanciers négligents l'exercice de l'action hypothécaire ; mais le droit de collocation est respecté. Cette solution est équitable, mais combien il est difficile de la concilier avec l'idée fondamentale de notre droit sur l'hypothèque. On se sert de ces éléments comme s'ils n'avaient aucun lien entre eux, comme la loi romaine aurait pu se servir du droit sur la chose et du droit sur le prix, qui n'avaient ni la même origine, ni la même nature, ni le même objet.

III. Nous rapportons un dernier exemple des difficultés soulevées par la mauvaise notion hypothécaire de notre Code. Elle est relative à l'effet de la renonciation de la femme à son hypothèque légale en faveur d'un tiers acquéreur.

La renonciation, d'après l'art. 2180, 2^o, est un mode extinctif de l'hypothèque. Elle est un acte unilatéral

émanant du créancier et peut même résulter de son concours à certains actes tels que l'aliénation de l'immeuble hypothéqué (1). Elle entraîne l'extinction des deux éléments du droit, car l'art. 2180 ne fait aucune distinction à cet égard. Cependant la pratique a donné lieu à une combinaison nouvelle. Au lieu de renoncer simplement à son hypothèque, un créancier peut promettre de ne pas poursuivre un tiers acquéreur ; il peut en d'autres, termes, renoncer à sa garantie, mais seulement en sa faveur. Le but de cet acte est d'obtenir sans formalités les effets de la purge ; il est surtout fréquent pour la femme, dont l'hypothèque frappe en général tous les biens du mari. La Cour de cassation a admis dans cette hypothèse cette renonciation spéciale (2), mais ses effets ont été diversement analysés.

Une première opinion défendue par Troplong (3) l'assimile tout à fait à la cession ; tous les avantages de l'hypothèque seraient transportés au bénéficiaire de la renonciation, en sorte que le tiers acquéreur serait mis au lieu et place de la femme qui perdrait à la fois son droit de suite et son droit de préférence. C'est encore l'avis de Proudhon. « L'aliénation du fonds consentie
« par les deux époux, dit-il, opère nécessairement au
« profit de l'acquéreur le transport de tous les droits du

(1) V. Pothier, *Traité des Hypoth.* ch. III, § 5.

(2) *Cass. rej.* 24 février 1849 (J. Pal. 1850, II. 66). *Rej.* 6 nov. 1855. (Dal. 55, 1, 449).

(3) Troplong, *Priv. et Hyp.* n° 600.

« vendeur ; la femme n'aliène pas moins son droit d'hypothèque sur le fonds vendu que le mari son droit de propriété sur le même fonds, puisque l'acte de vente consenti simultanément par eux emporte par sa nature la cession des droits que l'un et l'autre avaient dans la chose (1). » Aubry et Rau penchent encore en ce sens ; ils s'appuient sur l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 qui assimile la renonciation à la cession (2), et ils considèrent la première comme translatrice « en ce sens que l'acquéreur qui, après avoir payé son prix, se trouve obligé de purger ou de délaisser, peut, dans l'ordre ouvert sur le mari, exercer à l'encontre des créanciers postérieurs en rang à la femme les droits hypothécaires de celle-ci (3). »

Une partie de la jurisprudence a analysé autrement la renonciation de la femme à son hypothèque en faveur du tiers acquéreur. Elle a décidé qu'un pareil acte avait un effet purement extinctif. L'hypothèque de la femme disparaît mais elle ne profite pas aux autres acquéreurs. Tous ceux que lésait ce privilège de la femme peuvent se prévaloir de son extinction. La Cour d'Amiens (4) a même déclaré que non seulement l'immeuble, mais

(1) Proudhon, *De l'Usufruit*, n° 2340.

(2) Cet argument est de peu de valeur, car le rapporteur de la loi avait déclaré qu'on ne voulait pas modifier en quoi que ce fut la législation relative aux droits de la femme en matière de cession et de renonciation.

(3) Aubry et Rau, III, § 288 liv. note 30.

(4) Amiens, 3 mars 1853 (J. Pal. 1853, I, 691).

encore les fonds provenant de la vente étaient libérés et que notamment un cessionnaire du mari pourrait opposer à la femme sa renonciation. Ces deux opinions partent évidemment de l'idée que l'hypothèque est une, et passe toute entière entre les mains d'un tiers ou disparaît toute entière (1).

Voici maintenant les solutions basées sur l'indépendance des droits de suite et de préférence :

Mourlon (2) pense que la femme perd les deux éléments de son hypothèque dans la mesure où le tiers acquéreur y est intéressé. Ainsi le droit de suite est toujours éteint; le droit de préférence est en général conservé; mais le tiers acquéreur aurait le droit de réclamer son extinction dans le cas où les créanciers primés par la femme, se voyant enlever une portion du prix de vente, usent de leur faculté de surenchérir. Dans ce cas, il est bien évident que la surenchère est causée par l'exercice du droit de préférence de la femme renonçante. Le tiers acquéreur est donc menacé de l'éviction à cause de cette hypothèque dont il a obtenu la renonciation à son profit. Mourlon enseigne qu'il peut invoquer alors l'extinction du droit de préférence de la femme et se faire autoriser par justice à distribuer aux créanciers inférieurs la somme pour laquelle la femme

(1) Nous préférierions la 1^{re}, car la seconde viole à notre avis l'art. 1165 qui dispose que les conventions ne peuvent profiter aux tiers.

(2) Mourlon, *Traité des Subrogation personnelles*, p. 609.

serait colloquée à son détriment. Cette opinion un peu bizarre est certainement contraire à l'intention des parties. Aussi Mourlon lui-même l'a-t-il abandonnée dans son traité de la transcription. « Les renseignements que
« nous avons pris près des hommes d'affaires nous ont
« convaincu que cette interprétation n'était pas con-
« forme à l'intention réelle des parties. La femme qui
« renonce à son hypothèque légale en faveur de l'acqué-
« reur promet son abstention, elle n'agira contre lui ni
« par voie de délaissement ni par réquisition de suren-
« chère, mais elle ne s'engage d'aucune façon à le pro-
« téger contre les poursuites dont il pourra être l'objet
« du chef des créanciers inscrits (1). »

Enfin, la Cour de cassation a adopté dans l'arrêt sus-indiqué du 21 février 1849 (2), la solution d'après laquelle la femme en renonçant à son hypothèque au profit d'un tiers acquéreur n'a perdu que son droit de suite. La Cour suprême qui, dans l'exemple précédent, s'était montrée partisan de l'unité de l'hypothèque en niant la distinction et l'indépendance de ses éléments, admet dans ce cas une solution tout à fait contraire.

« Attendu, dit-elle, que la femme en vendant con-
« jointement avec son mari plusieurs immeubles, et en
« garantissant les effets de cette vente à l'acquéreur, ne

(1) Mourlon, *Transcription*, nos 956 et 957. Cf. aussi Pont, *Priv. et Hyp.* n° 485.

(2) Cass. 21 fév. 1849 (*J. Pal.* 1850, II, p. 66).

« s'est en aucune façon enlevé le droit de demander le
« paiement du prix de vente à cet acquéreur, demande
« qui n'était que l'exécution et non la violation du con-
« trat » ; — Rejette, etc.

Cette dernière solution est évidemment la plus équitable, et la seule conforme à la volonté des parties. On ne peut cependant s'empêcher de reconnaître que la jurisprudence a contrevenu ici à la théorie générale de l'hypothèque admise par le Code.

Nous pourrions multiplier les exemples dans lesquels la pratique a considéré les droits de suite et de préférence comme absolument indépendants l'un de l'autre au point de vue de l'extinction.

Nous n'avons rappelé que les controverses les plus célèbres élevées à ce sujet. — Le Code lui-même admet la même solution pour l'hypothèse prévue par l'art. 2198 : le conservateur a omis une inscription dans l'état hypothécaire délivré au tiers acquéreur et les formalités de purge n'ont pas été accomplies à l'égard du titulaire de cette inscription. Le Code dispose formellement que l'immeuble sera néanmoins libéré, mais le créancier omis n'en conserve pas moins « le droit de se faire colloquer suivant l'ordre qui lui appartient, tant que le
« prix n'a pas été payé par l'acquéreur, ou tant que
« l'ordre fait entre les créanciers n'a pas été homologué ». — La Cour de cassation a décidé que l'omission d'une inscription dans un état délivré non plus au tiers acquéreur, mais au créancier saisissant ne paraly-

serait pas non plus l'exercice du droit de préférence (1).

Dans les hypothèses que nous venons d'examiner, il est très remarquable que les solutions les plus équitables et les plus conformes à l'intention des parties découlent toujours du principe de l'indépendance des deux éléments de l'hypothèque. Comme on est toujours forcé de faire dans les décisions judiciaires une très large place à l'équité, il en résulte une incertitude très fâcheuse sur bien des points du droit français, car la théorie de l'hypothèque a des répercussions très lointaines, qu'il nous est impossible de saisir ici.

L'unité du droit hypothécaire est battu en brèches de toute part. Si les limites de ce travail étaient moins restreintes, nous aurions parcouru les cas nombreux où le code a été forcé d'admettre un droit de préférence sans droit de suite, et nous aurions vu quelles difficultés il y a pour les justifier, si l'on ne veut pas s'appuyer sur la toute puissance de la loi. Mais cela nous entraînerait en dehors de la théorie hypothécaire dont cette étude ne doit pas dépasser les bornes.

Et si nous nous demandons pourquoi notre droit s'obstine à conserver religieusement cette unité de l'hypothèque, nous ne trouvons qu'une raison : la nécessité de faire porter le droit de préférence sur le prix. Si on bornait les effets de l'hypothèque à l'immeuble, comment expliquerait-on la collocation des créanciers par

(1) Cass. 23 avril 1888. (Sir, 90, 1, 49).

ordre ? C'est devant cette difficulté insurmontable que sont venus se butter tous les réformateurs. Aucun n'a osé la renverser, par ce qu'elle apparaissait avec tout le prestige que donne une application de plusieurs siècles, soutenue aussi par l'autorité du droit romain auquel on l'attribuait à tort.

Nous avons démontré que la législation romaine n'a nullement tranché la question hypothécaire comme notre droit, et c'est par une suite d'erreurs plus ou moins involontaires que nos vieux juristes sont arrivés à invoquer à leur faveur les textes de Justinien.

Les Romains ont toujours traité les sûretés réelles sur la chose et sur le prix, en droits tout à fait distincts ; nous allons voir que de son côté la législation moderne est arrivée à attribuer aux créanciers hypothécaires certaines valeurs sans recourir au droit de préférence.

Enfin, les quelques questions traitées dans ce chapitre ont laissé entrevoir la confusion que fait naître sur des points de pratique très importants, le principe néfaste que nous critiquons. Tout cela permet d'indiquer déjà la conclusion de notre étude :

La règle qui fait du prix l'objet du droit de préférence est une source de trouble et de difficultés dans le régime hypothécaire, cette règle n'a pas toujours existé, elle n'est pas nécessaire pour expliquer la collocation des créanciers.

CHAPITRE II

L'ATTRIBUTION AUX CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES DE CERTAINES INDEMNITÉS.

Les conséquences pratiques les plus fâcheuses de la théorie hypothécaire admise dans notre droit, se sont produites au sujet de certaines indemnités dues au propriétaire relativement à l'immeuble engagé à divers créanciers.

Il peut arriver en effet des circonstances très diverses où un fait matériel ou juridique nous cause un dommage dans nos biens ; et l'équité veut que l'auteur responsable de ce fait, répare le dommage qu'il a causé par sa faute, au moyen d'une indemnité, généralement représentée par une somme d'argent. C'est le principe posé dans l'article 1382 du Code civil.

D'autres fois, nous perdons notre droit de propriété, par l'effet d'une condition résolutoire, par exemple si nous avons acheté à reméré ; ou par l'effet de la loi comme dans l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Enfin, une institution récente, l'assurance nous donne,

le moyen d'éviter les pertes causées par les cas fortuits en nous indemnisant des préjudices causés par certains fléaux.

Dans tous ces cas, notre patrimoine reçoit en argent la contre valeur du bien perdu ou endommagé.

Lorsque le dommage survenu est relatif à un immeuble hypothéqué, les créanciers auxquels cet immeuble est engagé n'ont aucun droit sur l'indemnité accordée à leur débiteur, d'après la théorie actuelle de l'hypothèque, parce que la cause de cette indemnité n'est pas dans l'immeuble ; elle n'est pas produite par lui, et ne peut lui être subrogée parce qu'alors les droits de suite et de préférence auraient deux objets qu'il serait impossible d'identifier. Ces conséquences découlent normalement des principes que nous avons développés et il semble qu'il n'y ait pas de discussion possible.

Mais ici encore, la justice s'est trouvée en contradiction avec les règles légales ; les jurisconsultes et la loi elle-même n'ont pas craint d'ébranler les principes certains pour satisfaire à l'équité.

Ainsi la loi du 27 avril 1825 sur les indemnités dues aux émigrés transporte sur elles les droits réels grevant les immeubles qui leur appartenaient.

La loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, pose le principe qu'on ne donne pas à l'exproprié un prix, mais une juste indemnité. Elle dispose cependant que l'immeuble passe aux mains de l'Etat libre de toute charge, et que les droits de colloca-

tion des créanciers sont reportés sur cette indemnité.

Ces solutions s'expliquent évidemment par un sentiment très louable d'équité, mais elles sont très certainement contraires à toutes les règles hypothécaires du Code.

Nous ne voyons pas que les indemnités dues par les tiers aient donné lieu à beaucoup de réclamations par les créanciers dans l'ancien droit. On appliquait, dans toute sa rigueur la loi romaine, d'après laquelle, l'hypothèque s'éteint par la perte de la chose. Le créancier n'a dans ce cas que le droit de demander des sûretés nouvelles à son débiteur.

Mais vers 1820, le contrat d'assurance contre l'incendie s'étant répandu en France, le cas le plus fréquent de la perte des immeubles donna régulièrement lieu au paiement d'une indemnité représentant le bien dans le patrimoine du débiteur. Les créanciers hypothécaires prétendaient avoir des droits exclusifs sur cette contre valeur qui représentait leur gage aussi exactement qu'un prix de vente.

De grandes controverses s'élevèrent entre les partisans de l'équité qui semble en effet pencher en faveur des créanciers et les représentants des idées traditionnelles sur l'hypothèque qui refusaient toute collocation privilégiée sur l'indemnité d'assurance. La doctrine et la jurisprudence étaient toutes deux divisées.

La Jurisprudence s'était au début prononcée dans le sens de l'attribution de l'indemnité d'assurance aux créan-

ciers privilégiés ou hypothécaires. La Cour de Colmar, dans un arrêt du 25 août 1826, déclara dans un de ses considérants que le prix de l'assurance représentait l'immeuble. La Cour de Rouen posa un principe plus radical encore par un arrêt du 27 septembre 1828 : « Attendu dit-elle que lorsque les objets incendiés sont représentés par un capital qui en tient lieu, puisqu'il est le résultat de l'assurance de l'immeuble faite dans l'intérêt des ayants-droit, l'hypothèque frappe ce capital, comme elle frapperait celui qui proviendrait de la vente de l'immeuble par expropriation forcée. »

Cet arrêt fut déféré à la Cour suprême qui le cassa, en invoquant les principes traditionnels de l'hypothèque en France : « Attendu : 2° qu'il n'y a aucune loi qui affecte la
« somme assurée en cas de perte de l'immeuble péri par
« incendie aux créanciers qui étaient inscrits sur cet im-
« meuble, par préférence aux créanciers chirographaire
« de l'assuré ; — qu'on ne peut induire cette préférence
« de ce que l'hypothèque suivait l'immeuble et en affect-
« tait le prix aux créanciers suivant le rang de leurs
« inscriptions, puisque d'une part l'hypothèque s'est
« éteinte par la perte de la chose ; que d'une autre, la
« somme assurée n'est pas un prix de vente, mais le pro-
« duit du contrat d'assurance, sans lequel elle ne serait
« pas due ; que même elle n'est pas susceptible d'hypo-
« thèque, puisque les biens immeubles et leurs acces-
« soires réputés immeubles en sont seuls susceptibles, et
« qu'elle n'a reçu de la loi aucun de ces caractères, etc. »

Depuis lors, la Jurisprudence ne s'écarta plus de cette solution, et de nombreuses décisions admirent d'une façon constante que l'indemnité d'assurances ne représentait pas l'immeuble, et qu'en conséquence elle devait être attribuée à tous les créanciers indistinctement, au marc le franc de leurs créances (1).

La lutte avait été très vive dans la doctrine. Troplong s'était élevé avec beaucoup de force contre l'attribution de l'indemnité aux créanciers : « Je ne conçois pas, dit-il, comment on peut trouver dans ce cas une difficulté. L'hypothèque est éteinte par la perte de la maison : *Re corporali extincta, hypotheca perit*. Comment donc pourrait-elle atteindre la somme qui n'est allouée que *ex post facto*, à titre d'indemnité pour le propriétaire. D'ailleurs, cette somme d'argent est purement mobilière, elle n'est et ne peut être subrogée à la maison, d'après tous les principes de la subrogation. On ne doit donc pas hésiter à dire que la somme doit être distribuée sans égard aux hypothèques (2). »

Ces principes, les mêmes qui furent invoqués par la

(1) Paris, 8 avril 1834, (Bonneville de Marsangy, *Jurispr. gén. des ass. terr.* II, p. 21). Grenoble, 27 février 1834, B. de M. II, p. 20. Bordeaux, 28 janvier 1839, *Journ. des Assur.* 1850, p. 16. Colmar, 11 mars 1852, (Sir. 53, 2, 317), Douai, 3 janvier 1873, (Sir. 73, 2, 274) Bordeaux, 30 mai 1877, *Jour. des Ass.* 1878, p. 51. Paris, 8 décembre 1879, D. P. 81, 2, 23. Aix, 5 Mars 1879, *Jour. des Ass.* 1880, p. 12. Et aussi deux arrêts de la Cour de Cassation : Cass. req. 30 décembre 1862, D. P. 63, 1, 423. Cass. 12 mars 1877, D. P. 77, 1, 97.

(2) Troplong, *des hypothèques*, ch. VII, p. 890.

Cour de Cassation, étaient des plus clairs, mais quelques auteurs, froissés de l'injustice de leurs conséquences, s'ingénierent à justifier une autre solution.

Boudousquié, dans son *Traité de l'assurance contre l'incendie* (1) se demande pourquoi les créanciers hypothécaires ne seraient pas privilégiés sur l'indemnité : « C'est leur propre chose qui est assurée, dit-il. Pourquoi le sinistre créerait-il en faveur des créanciers chirographaires des droits qu'ils n'avaient pas auparavant ? Pourquoi la perte des biens du débiteur rendrait-elle leur condition meilleure ? Un tel système n'offre-t-il pas de dangers ? Est-il conforme aux principes de l'ordre public, qu'un créancier qui a imprudemment suivi la foi de son débiteur et qui n'a peut-être aucun espoir d'être remboursé, puisse espérer son paiement d'un événement qui est toujours un malheur privé lorsqu'il n'est pas une calamité publique ? »

Ces considérations sont, on le voit, empreintes du plus grand esprit de justice, mais elles laissent complètement en dehors la question principale : la notion de l'hypothèque. Cependant Boudousquié cherche à assimiler l'indemnité au prix de vente. « L'assurance, dit-il, est un contrat par lequel l'assureur se substitue en cas de sinistre à l'assuré, et s'oblige à supporter à sa place la perte causée par l'incendie. Lors donc que l'incendie arrive, l'assureur devient par l'effet de cette subroga-

(1) Boudousquié, *Assurance contre l'incendie*, n° 316.

« tion, acquéreur de la chose assurée. Elle cesse d'appartenir à l'assuré... Si le vendeur ne se dépouille que pour obtenir la représentation de la chose vendue, l'assuré ne paie la prime que pour obtenir en cas de perte l'équivalent de la chose assurée (1) ».

Laurent est lui aussi partisan de l'attribution privilégiée. « Il n'y a aucune raison dit-il pour attribuer l'indemnité à la masse chirographaire, tandis qu'il y a de bonnes raisons pour maintenir le droit des créanciers privilégiés et hypothécaires. Ils avaient traité en vue du droit de préférence que la loi ou la convention leur assurait ; régulièrement, cette garantie se réalise par la vente de la chose grevée du privilège ou de l'hypothèque ; si celle-ci vient à périr, il est de toute justice que le droit de préférence subsiste sur l'indemnité (2). »

Toullier (3) justifie la collocation privilégiée d'une façon bizarre. D'après lui, l'obligation de l'assureur étant de remplacer la chose assurée a le caractère d'une obligation réelle, qui ne s'acquitte généralement en argent pour être plus sûr d'égaliser la réparation au préjudice. Mais ce n'est là qu'un mode de libération, l'obligation est réelle dans son principe, l'indemnité est comme le prix la représentation de l'immeuble, elle doit être distribuée suivant l'ordre des inscriptions. Ainsi les divers

(1) Boudousquié, *loc. cit.*, n° 319 et s.

(2) Laurent, *Droit civil*, t. XXXI, n° 409.

(3) Toullier, t. VI, n° 700.

auteurs se sont efforcés soit d'assimiler le contrat d'assurance à la vente, soit de considérer le créancier hypothécaire comme propriétaire du bien engagé (1).

Nous ne nous attarderons pas à discuter ces opinions surannées, d'autant plus nombreuses et subtiles qu'elles présentaient toutes un vice capital, elles déplaçaient la question.

Seul, parmi les partisans de la collocation de l'indemnité par ordre de préférence, M. Labbé (2) a établi une théorie très intéressante, bien qu'elle ne soit pas admissible dans l'état actuel de notre droit. Il déclare que l'hypothèque devrait emporter un droit de préférence, un privilège légal sur toutes les valeurs qui représentent l'immeuble dans le patrimoine du débiteur. Le droit d'hypothèque produirait donc, comme à Rome, un autre droit distinct de lui-même. Nous reviendrons sur cette idée ; mais nous faisons observer ici que d'après les principes du Code cette solution ne peut être admise parce qu'on ne peut créer des privilèges en dehors des cas énumérés par la loi.

Le nombre des partisans de l'attribution privilégiée des indemnités d'assurances aux créanciers hypothécaires a diminué de jour en jour, et depuis que la loi

(1) Laurent, *Droit civil*, t. XXXI, n° 409. « Le créancier hypothécaire est un propriétaire, il a droit à un démembrement de la propriété, si la chose vient à périr, l'indemnité due par l'assureur lui appartient dans la mesure de son droit réel.

(2) Lable, *Revue critique*, 1886, n° 683.

de 1889 a tranché la question, tout le monde, sauf de rares exceptions, reconnaît que la solution équitable était tout à fait contraire aux principes de notre droit (1).

Lorsque la jurisprudence eût refusé définitivement aux créanciers une collocation privilégiée, ceux-ci cherchèrent tous les moyens pour se réserver des droits spéciaux. Ils employèrent diverses combinaisons que nous allons analyser avant de passer à l'étude de la loi du 19 février 1889.

SECTION I

Attribution des indemnités d'assurances avant la loi de 1889.

Il est un cas dans lequel les créanciers ont toujours conservé leur hypothèque malgré la destruction de l'immeuble ; c'est lorsque le propriétaire ou celui qui l'a endommagé le reconstruisent. La loi 29, § 2, *De pign. et hypot.* tranchait formellement la question à Rome, et notre ancienne jurisprudence avait suivi cette solution. Mais lorsque, au lieu de reconstruire, le propriétaire acceptait une indemnité ; on refusait aux créanciers hy-

(9) Ruben de Couder, *Diction. de droit commercial*, v^o Assurances terrestres, n^o 226, de Lalande et Couturier. *Traité du contrat d'assurance contre l'incendie*, p. 101 et 102. Philouze, *Manuel du contrat d'Assurance*, p. 47. Bonneville de Marsangy, *Jurisp. génér. des assur. terrest.* 2^e partie, p. 20. Panmer, *Attribution des indem. d'ass.* p. 5. Contra : Darras Tarbouriech, *Attribution en cas de sinistre de l'inc. d'ass.* n^o 20.

pothécaires un privilège quelconque sur cet argent, à Rome, parce qu'ils n'avaient pas obtenu d'autre cession de créance que celle du prix, en France, parce que l'indemnité ne pouvait faire partie de l'objet du droit de préférence.

Quant on connut le contrat d'assurances contre l'incendie, on considéra que l'indemnité à laquelle il donnait lieu, avait pour but la reconstitution de l'immeuble, que c'était même là l'obligation de l'assureur, et qu'en conséquence si le propriétaire préférait ne pas réparer, il devait du moins distribuer l'indemnité reçue aux créanciers hypothécaires. Nous avons déjà dit que ce raisonnement n'est pas admissible dans notre droit ; cependant, quelques compagnies d'assurances (1) avaient inscrit dans leurs statuts que le créancier hypothécaire jouirait en cas d'incendie des deniers dont l'emploi devait être affecté à la reconstruction de l'immeuble. Mais le gouvernement refusa d'approuver cette clause, par ce motif qu'elle impliquait la faculté de transiger entre l'assureur et l'assuré sur les droits qui pourraient appartenir aux créanciers, lesquels sont des tiers. « Ce n'est pas, dit M. Vincent, un pacte entre l'assureur et l'assuré étrangers aux intérêts divers qui peut disposer envers les tiers et lier la justice » (2).

(1) Par exemple, l'art. 11 des statuts de la *Société mutuelle* de Paris et une clause des statuts de la *C^{ie} du Phénix*, (Dans Grün et Jolivet *Traité des assurances terrestres*, n° 109).

(2) Grün et Jolivet, *op. et loco cit.*

Les créanciers hypothécaires se voyaient donc enlever tout recours pour se faire attribuer d'une façon privilégiée les indemnités d'assurances. Il leur fallut employer diverses combinaisons pour arriver au but équitable que leur refusait la rigueur du droit.

Ces combinaisons ont pu revêtir des formes très diverses ; cependant, on peut les ramener à deux types principaux :

1° Le transport cession de l'indemnité d'assurance au profit du créancier hypothécaire.

2° L'assurance par le créancier de son privilège ou de son hypothèque.

Nous allons étudier la nature et les effets de ces deux contrats.

§ 1. — *Le transport cession de l'indemnité d'assurance au profit du créancier hypothécaire.*

Le moyen le plus simple de donner aux créanciers hypothécaires un droit exclusif à l'indemnité d'assurance, était d'en faire l'objet d'une cession.

Une pareille opération est tout à fait licite, car on peut céder tous droits éventuels ou conditionnels. Aubry et Rau citent précisément en exemple de cession de ce genre celle de l'action en indemnité contre une compagnie d'assurance ou du recours éventuel contre les locataires ou voisins avant l'arrivée du sinistre qui donnera ouverture à cette action ou à ce recours.

Mais si on peut céder des droits éventuels, on ne peut céder des droits qui n'existent pas juridiquement. Ainsi, lorsqu'on hypothèque une maison non assurée contre l'incendie, les notaires inscrivent souvent la mention que l'immeuble sera assuré et ils cèdent immédiatement au créancier le bénéfice de l'assurance *qui aura lieu*. Une pareille convention est nulle, parce qu'elle viole un principe tellement simple qu'il paraît être une naïveté « c'est qu'on ne peut transmettre des droits que l'on n'a « pas soi-même ». Si l'emprunteur n'est pas créancier éventuel d'une indemnité d'assurance, comment pourra-t-il communiquer cette qualité au prêteur ? La Cour de cassation a adopté cette doctrine qu'imposaient les règles les plus élémentaires du droit (1).

Dans le cas où l'immeuble que l'on engage n'est pas assuré, le prêteur doit faire de l'assurance et de sa cession futures une condition *résolutoire* de son prêt. Par ce moyen, il pourra ne pas retarder le contrat, et être sûr d'obtenir plus tard le supplément de garantie que lui offre l'assurance.

La cession de l'indemnité d'assurances doit obéir aux règles du Code sur les cessions de créances en général et notamment aux prescriptions des articles 1690 et suivants.

Nous dirons donc : Entre parties, c'est-à-dire entre

(1) Cass. 7 août 1843 (Sir. 43, 1775) et 18 juin 1871, *Jour. des not.* XXI, 757.

l'emprunteur et le prêteur, entre le cédant et le cessionnaire, le droit se transmet par le simple consentement (1138). Quant aux tiers, la loi exige certaines formalités destinées à rendre la cession publique et à saisir le nouveau titulaire à l'égard de tous. L'article 1690 indique deux moyens différents pour rendre la cession opposable aux tiers : la signification du transport au débiteur ou l'acceptation faite par celui-ci dans un acte authentique. Ces formalités sont édictées dans l'intérêt de tous ceux « qui peuvent prétendre à l'égard de la créance cédée des droits que la cession, à laquelle d'ailleurs ils sont demeurés étrangers, tend à anéantir ou à restreindre (1). »

Ainsi l'assureur est un tiers, car il est étranger à la cession, et cependant il a intérêt à la connaître pour savoir en quelles mains il doit se libérer. De même, les créanciers privilégiés ou non de l'assuré dont le gage commun est diminué par la cession.

« La signification dit Huc (2) n'est en soi autre chose qu'un acte officiel par lequel le débiteur est informé que la créance dont il est tenu d'acquitter le paiement entre les mains du créancier originaire est passée dans le patrimoine d'un autre qu'il devra désormais considérer comme seul créancier. »

On dit quelquefois que la signification vaut opposition.

(1) Huc, *Traité théorique et pratique de la transmission des créances*, t. I, p. 299.

(2) Huc, *loc. cit.*, t. II, p. 6.

Cette expression est malheureuse, car elle est fausse en quelque point. Il est vrai que la signification produit le même effet que l'opposition en ce qu'elle empêche le cédé de se libérer valablement entre les mains du cédant. Mais tandis que la saisie-arrêt ne donne pas à celui qui l'opère un droit exclusif sur la créance, laquelle doit être partagée entre tous les créanciers qui ont fait valoir leurs droits, la signification assure à celui qui l'accomplit un droit exclusif, un véritable droit de préférence. On a dit très justement qu'elle était un mode de transmission de la créance, tandis que la saisie-arrêt est un mode d'exécution.

La cession est généralement signifiée par celui qui a le plus d'intérêt à la rendre opposable aux tiers, par le cessionnaire. Cependant, elle peut avoir lieu à la requête du cédant. Elle consiste à faire connaître au débiteur le contrat qui est intervenu entre le cédant et le nouveau créancier, mais il n'est pas nécessaire de remettre au cédé une copie de l'acte de transport, comme l'exigeait autrefois la coutume de Paris, et comme on le fait le plus souvent dans la pratique (1).

Pour savoir à qui et où doit se faire la signification, il faut s'en rapporter aux règles de droit commun. L'article 560, du Code de procédure civile, dispose que toute saisie-arrêt ou opposition doit être signifiée à personne ou à domicile. Cette règle, dit M. Huc, est des plus géné-

(1) Cf. Aubry, et Rau, t. IV, § 395 bis. Laurent, *l. c.* t. XXIV,

rales et ne comporte ni exception, ni équipollent (1).

Il se présente une difficulté dans l'hypothèse qui nous intéresse où le débiteur cédé est une Compagnie d'assurances. Nous croyons que la signification doit être faite à la personne du directeur de la Compagnie et au siège social de celle-ci. Quand même on a fait dans l'acte de cession une élection de domicile, celle-ci ne peut avoir d'effets qu'entre les parties contractantes. On a soutenu cependant (2) que la signification était valablement faite à un agent de la Compagnie chargé de la représenter et de contracter pour elle dans une région déterminée. On considère le domicile de cet agent comme une succursale de la Compagnie ; et on argue en faveur de cette solution de ce qu'on peut assigner la Compagnie devant le tribunal du domicile de cet agent (3). C'est là une mauvaise raison. On assigne la Compagnie au domicile de son agent parce que c'est le lieu où elle a contracté, où elle a établi un centre d'affaire, où généralement, elle a élu domicile pour l'exécution de ses engagements. Lorsqu'il s'agit d'une signification, la situation est toute autre. Le but poursuivi surtout est différent. On veut donner une large publicité à la cession de l'indemnité d'assurances, on veut pré-

n° 485 et n° 2, Troplong, n° 902. *Huc. l. c. t. II*, p. 6. Cass. 19 juin 1880, *Gaz. Pal.* 80, p. 82.

(1) *Huc, l. c. II*, p. 9.

(2) Notamment Demolombe I, n° 138.

(3) Cass. 20 mai 1873, *B. de M. I*, p. 145 et arrêts cités en note.

venir les tiers. Il faut donc que les significations de cession soient toutes faites au même endroit, afin que les intéressés puissent se renseigner facilement. Concluons donc que le transport doit être nécessairement notifié au siège même de la Compagnie.

On peut suppléer à la signification du transport par l'acceptation du cédé dans un acte authentique.

En général, cette acceptation est faite dans l'acte même de cession, par un agent de la Compagnie d'assurances, munis d'un mandat authentique et spécial du directeur (1).

L'acceptation doit être donnée en forme authentique, et Laurent fait remarquer à ce sujet que le cessionnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que dans cette forme. « La raison est, dit-il, que le législateur veut donner de la certitude et de la stabilité aux conventions translatives de la propriété mobilière et immobilière. »

La nécessité de l'authenticité n'existe pas entre parties. Ainsi, si la Compagnie avait accepté la cession dans un acte sous-seing privé, elle serait liée avec le cessionnaire ; mais elle serait également tenu de payer l'indemnité au premier créancier qui lui signifierait une nouvelle cession dans les formes prévues par la loi (2).

Quel est l'effet du défaut de signification ou d'acceptation ?

Il est simple. Le cessionnaire ne pourra attaquer les

(1) Colmar, 30 novembre 1852, B. de M. 2, p. 142.

(2) Aubry et Rau, t. IV, 428, n° 12 et 13.

tiers qui l'auront privé de ses droits. Mais ici se pose une question intéressante en pratique. Le débiteur cédé qui a connu par d'autres moyens la cession qu'on a négligé de lui notifier est-il tenu de la respecter et de ne pas payer en d'autres mains. Ici, encore, nous nous trouvons placés entre deux solutions opposées, l'une résultant de l'équité, l'autre des principes du droit. La jurisprudence a été très partagée et a rendu suivant les cas des décisions en sens contraire. L'opinion qui se dégage des arrêts est que le tiers qui a connu la cession et la négligence du cessionnaire à notifier le transport ne peut se créer au préjudice du premier créancier un avantage illicite (1). Un arrêt de la Cour de cassation (2), du 17 février 1874, dit fort bien. « Il est de principe que le cessionnaire d'une créance peut être considéré comme saisi à l'égard du cédé qui a eu connaissance du transport d'une manière quelconque, et qui a voulu frauduleusement en paralyser l'effet. »

Quand la cession a été notifiée ou acceptée dans un acte authentique, elle est parfaite à l'égard des tiers. Mais le rapport de droit n'en continue pas moins entre le cédant et le cédé, et, dans le cas d'assurances qui nous occupe, l'assureur et l'assuré restent seuls les maîtres de

(1) Cass. 4 janvier 1848, Dal. 1848, 1, 60. Aubry et Rau sont allés jusqu'à admettre que le second créancier ne peut se prévaloir du défaut de signification s'il a pu connaître la cession (t. IV, n° 359 bis, n° 13).

(2) Cass. 17 février 1874, Dal. 74, 1, 281.

fixer et même de transiger sur le montant de l'indemnité pourvu qu'ils restent de bonne foi. Cependant, le cessionnaire pourrait se dire partie au contrat dans le cas où la cession a été acceptée par l'assureur, il peut exiger qu'on règle en sa présence. La jurisprudence en a décidé ainsi (1).

Tel est l'effet de la signification. Mais le cessionnaire doit se hâter de l'accomplir par ce que son droit ne serait opposable, ni à d'autres cessionnaires qui de bonne foi auraient rempli les formalités de l'art. 1690 avant lui ; ni à un créancier ayant déjà formé opposition au paiement, ni même à la masse des créanciers d'un failli, si, bien que consentie avant la période suspecte, la cession n'était pas notifiée au jour du jugement déclaratif de faillite ; car, à partir de ce moment, toutes poursuites individuelles, tous actes qui tendent à faire sortir du patrimoine du failli un bien compris dans la masse commune sont défendus (2).

Le transport-cession de l'indemnité d'assurance présentait de nombreux inconvénients pour le créancier, nous allons en citer quelques-uns :

D'abord, l'ordre de préférence des créanciers était rompu, car un créancier de rang inférieur ou simplement chirographaire pouvait s'être fait consentir cette cession, alors que les premiers créanciers, et en parti-

(1) Colmar, 30 nov. 1832, B. de M. 2, p. 142.

(2) Cf. Huc, *loc. cit.*, II, p. 20. La jurisprudence est en sens contraire. Paris, 18 mai 1850. (Dal. 50, 2, 176).

culier les privilégiés, ceux à qui la loi accorde une hypothèque légale n'avaient rien stipulé à cet égard.

De plus, le créancier cessionnaire qui a notifié sa cession à la Compagnie d'assurances, n'est nullement en sûreté. Ainsi, il ne peut savoir s'il est le premier cessionnaire ou opposant, car la Compagnie auprès de qui il prend des renseignements n'est pas tenu de lui répondre, même si sa demande est notifiée par huissier. Elle ne s'expose pas en cela à être poursuivie en indemnités, en vertu de l'article 1382, car le Code de Procédure civile dispose formellement dans les articles 570, 571 et 573 que le tiers saisi n'est tenu de faire aucune déclaration avant qu'on l'ait assigné en déclaration affirmative. Quand un débiteur est toléré, il y a forcément de nombreuses significations et oppositions, et la Compagnie de peur de mal payer et d'engager sa responsabilité, ne se dessaisira pas avant qu'une décision judiciaire ait tranché les différends.

Un autre ennui pour le créancier est d'être complètement étranger au contrat d'assurance. Il ne peut en discuter ou récuser aucune clause ; il n'a qu'un droit, celui de toucher les sommes revenant à son débiteur, mais il ne peut en rien intervenir pour en fixer le montant. Il est à la merci de toute transaction de l'assuré, pourvu qu'elle ne soit pas frauduleuse ; il est aussi exposé à ne toucher aucune indemnité si la Compagnie use de son droit de remettre en l'état primitif l'immeuble incendié. Il peut encore arriver que l'assuré encoure la déchéance du

droit à l'indemnité, par exemple s'il cesse de payer les primes, s'il a induit la Compagnie en erreur sur les risques d'incendie courus par son immeuble (1).

La liste des dangers qui menacent la garantie du créancier cessionnaire de l'indemnité d'assurance est interminable. La cession peut perdre tout son effet, si l'assuré résilie sa police avec la Compagnie et en consent une autre : on serait tenté de dire qu'en ce cas le droit du créancier n'est pas atteint, puisque le débiteur cédé reste le même. Mais on oublie que la dette est changée, elle dérive d'une autre cause, d'un autre contrat. A plus forte raison, le droit du cessionnaire s'éteint si l'assuré change de Compagnie, parce qu'il y a mutation de débiteur, ou, si l'assuré vend son immeuble parce que la personne du cédant disparaît, et que le contrat d'assurances lui-même est rompu.

Nous avons rappelé les règles de la cession-transport de l'indemnité d'assurance, car celle-ci présente un intérêt multiple. D'abord, il était nécessaire de voir quelle était la situation des créanciers cessionnaires avant la loi de 1889, pour apprécier les progrès que cette œuvre législative a accomplis.

De plus, la cession-transport présente encore un intérêt actuel. La loi du 19 février 1889 a bien des lacunes ; elle n'attribue aux créanciers que certaines indemnités

(1) Les règles posées à ce sujet, par l'art. 348 du Code de commerce relativement aux assurances maritimes, doivent être étendus à toutes les assurances.

laissant le règlement des autres sous l'empire du droit commun. La cession est le moyen le plus pratique pour se les faire attribuer. Même pour les indemnités prévues par la loi, il est encore utile de renforcer le droit de préférence qu'elle accorde, parce qu'elle ne protège pas dans tous les cas les créanciers d'une façon utile (2).

Enfin, il est à remarquer, et ceci nous ramène au développement historique de notre thèse, que cet élargissement du droit des créanciers qui ne porte plus seulement sur le prix de l'immeuble hypothéqué, mais sur une valeur destinée à remplacer l'immeuble dans le patrimoine du débiteur, cette augmentation de la garantie réelle s'est effectuée au moyen d'une cession, comme à Rome, où le droit sur le prix avait été réalisé par une *procuratio in rem suam*.

L'histoire de la cession de l'indemnité d'assurances, en France, présente une ressemblance très grande avec les évolutions du droit sur le prix à Rome.

Ces deux cessions font d'abord l'objet d'une convention spéciale jointe au pacte d'hypothèque, on en règle soigneusement les effets ; puis cette clause devient de style dans tous les contrats hypothécaires, et enfin à Rome on sous-entend le droit de vendre ; chez nous, une loi permet de faire la même réforme, la cession de l'indemnité devient légale. En même temps, cette cession

(1) M. Huc, (t. I, n° 174) fait remarquer que des cessions d'indemnités d'assurances consenties aux tiers quelconques peuvent primer le droit des créanciers hypothécaires.

obéit à des règles un peu différentes de celles des transports de créances ordinaires, mais l'analogie avec le droit sur le prix à Rome n'en devient que plus frappante ; nous l'analyserons à la fin de notre chapitre sur la loi de 1889.

§ II. — *Assurance par le créancier de son droit
d'hypothèque.*

Avant d'étudier la loi de 1889, il nous faut, pour être complet, dire quelques mots, d'un moyen très moderne qui fut tenté pour assurer au créancier hypothécaire l'attribution exclusive de l'indemnité d'assurances. Ce moyen consiste à assurer son droit d'hypothèque. Il aurait peut-être rendu de grands services, mais on n'est pas parvenu à établir sa validité d'une façon irréfutable. Cependant une loi belge de 1874 consacre son existence et notre Cour de cassation en a admis le principe (1). La question la plus délicate est de savoir quel est l'objet de cette assurance.

En effet, ce ne peut être la créance, objet incorporel qui ne court aucun risque d'incendie. Ce ne peut être non plus l'immeuble engagé ; car personne ne soutiendra qu'un créancier hypothécaire puisse assurer à son profit exclusif le bien de son débiteur. Il faudrait baser ce droit sur l'art. 1166 qui permet au créancier

(1) Cas. 29 déc. 1824 (Dal. 1825, 1, 26) et aussi Bordeaux, 1^{er} avril 1886. *Jour. des Ass.* 1886, p. 407.

d'exercer les actions de son débiteur négligent, mais cette disposition ne vise que les droits déjà nés au profit du débiteur. Si l'on accordait au créancier ce droit d'assurance, on ne voit pas pourquoi on lui refuserait le droit de louer l'immeuble ou de le réparer (1).

Le véritable objet de l'assurance est la valeur de la créance. C'est elle qui court un véritable risque, au cas d'incendie du bien hypothéqué. Et partout où il y a risque, il y a matière à assurance. Ainsi en Allemagne, l'assurance dite hypothécaire garantit contre tous risques la perte pouvant résulter de la vente de l'immeuble hypothéqué, et assure le paiement du capital et des intérêts à la date exacte. Il existe aussi l'assurance de solvabilité contre les risques d'insolvabilité du débiteur.

De telles assurances sont de simples promesses d'indemnités faites pour le cas où le droit du créancier ne pourrait plus s'exercer par suite d'un fait prévu comme l'incendie.

Il est curieux de remarquer combien l'assurance se rapproche ici du cautionnement, et en particulier de la *fidejussio indemnitis* romaine. Un vieil auteur, Emerigon, comprenait déjà sous ce jour l'hypothèque sur les navires. « Les créanciers privilégiés sur le navire auraient un moyen de pourvoir à leur intérêt ; ce serait de se procurer des fidéicommiss qui, moyennant un certain

(1) Cf. Persil, *Traité des assurances terrestres*, p. 141.

bénéfice, se rendissent garants de leurs créances dans le cas de perte d'un navire » (1) et Quenault citant Pardessus déclare que le cautionnement est une véritable assurance de la créance (2).

Du reste, les assurances contre le risque locatif et contre le recours du voisin n'ont pas d'autre base. Elles sont distinctes et séparées des assurances sur les immeubles, elles donnent lieu à des primes spéciales, et font l'objet d'une stipulation spéciale du contrat d'assurance.

Il n'y a donc pas de difficulté théorique à admettre l'assurance de l'hypothèque, mais il y a un inconvénient pratique énorme, c'est qu'il est difficile d'apprécier quel est le dommage causé au créancier par l'incendie du bien engagé. Cela l'a-t-il privé de tout paiement ? Aurait-il été payé sur la valeur du bien ? Autant de question qui ne peuvent être tranchées que par le juge, et qui rendent l'assurance de l'hypothèque impraticable.

En définitive, l'assurance de l'hypothèque est un cautionnement de la sûreté réelle. Mais ce cautionnement par suite des circonstances particulières où nous nous trouvons présente des difficultés insurmontables ; parce qu'il est souvent impossible d'apprécier le degré de garantie qu'offrait une hypothèque.

Enfin cette assurance de l'hypothèque peut soulever

(1) Contrat à la grosse, ch. XII, s. 7 (n. 21, Quenault, *Traité des assur.* p. 34.

(2) Dans Agnel, *Manuel des assur.* 3^e éd. n. 100.

une question bien connue. Quand le créancier assure un immeuble sans spécifier qu'il agit dans son seul intérêt et pour garantir l'efficacité de son droit, la Compagnie doit-elle payer au propriétaire l'excédant de l'indemnité sur la créance de l'assuré? C'est le problème tant discuté, de savoir si l'on peut contracter une assurance au profit d'un tiers. L'article 1119 s'y oppose formellement, mais on a cherché par tous moyens à justifier la solution contraire (1). La jurisprudence se conformant à sa théorie générale sur cette question reconnaît au propriétaire le droit de réclamer à la Compagnie le surplus de l'indemnité résultant de l'assurance du créancier (2), elle considère le créancier comme le *negotiorum gestor* de son débiteur. Nous ne pouvons pas discuter ici cette opinion, cela comporterait des développements trop considérables; la majorité des auteurs la repoussent (3), tout en convenant qu'elle est conforme à l'équité.

En admettant la validité de l'assurance de l'hypothèque, le créancier sera tenu, s'il veut en contracter une, de justifier au moment de la formation du contrat de l'existence et de la validité de sa créance ainsi que de son inscription hypothécaire. Il devra apporter les mêmes preuves après le sinistre et démontrer que son hypothèque était inscrite en ordre utile pour assurer son

(1) Cf. La thèse remarquable de M. Lambert sur la stipulation pour autrui (Paris, 1890).

(2) Cass. 29 décembre 1824, *Dal. rep. ass. ter.*, n° 82 note.

(3) Cf. par exemple Grün et Joliat, *loc. cit.* n° 105.

paiement. Mais des difficultés inextricables se produiront forcément dans la fixation du chiffre de l'indemnité. Selon nous, il faut prendre pour base la valeur vénale du bien avant et après l'incendie. La différence donne la mesure exacte du dommage causé et le créancier recevra une indemnité dans le seul cas où étant inscrit en rang utile pour être payé sur la valeur de l'immeuble incendié, il ne l'est plus pour être désintéressé sur le prix du sol et des débris.

L'assurance de l'hypothèque, on le voit, offre une garantie peu efficace et surtout peu pratique pour le créancier. Elle évite bien des inconvénients de la cession, mais elle en présente d'autres peut-être plus graves. Cela explique pourquoi elle est si peu pratiquée en France et si on la rencontre dans quelques lois étrangères, c'est que la garantie s'étend à tous les dangers d'insolvabilité. Ce n'est plus une assurance de l'hypothèque, mais de la créance, c'est un véritable cautionnement.

SECTION II

L'attribution des indemnités d'assurance d'après la loi du
19 février 1889.

Les moyens que nous venons d'étudier tendant à attribuer aux créanciers hypothécaires le bénéfice exclusif des indemnités dues au propriétaire pour la destruction ou la disparition de la chose engagée, nous montrent

combien l'on se préoccupait depuis le commencement du siècle de la situation intéressante de ces créanciers.

Divers essais législatifs avaient été tentés. La loi du 27 avril 1825 sur les émigrés, par exemple, admet les créanciers inscrits sur les biens confisqués par l'Etat pendant la Révolution à faire valoir leurs droits sur l'indemnité accordée aux propriétaires dépossédés. La loi de 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique transporte sur l'indemnité accordée les hypothèques inscrites sur le bien exproprié. Mais ces lois ne visaient que des hypothèses particulières. Un projet de loi sur les assurances fut déposé en 1834 au Conseil d'Etat et son article 14 ordonnait que l'indemnité due par la Compagnie en cas d'incendie serait consignée « pour qu'il soit ultérieurement pourvu à sa distribution dans l'ordre, et suivant les règles qui seraient applicables à la distribution du prix de vente de l'objet assuré. Après bien des modifications, on inscrivit dans cet article que : « l'indemnité due représente la chose assurée ».

Lors du grand projet de réforme hypothécaire de 1850, on consulta les cours d'appel, et le questionnaire qu'on leur adressa demandait si « l'indemnité due par l'assureur doit être immobilisée pour être distribuée selon l'ordre des hypothèques ». Les réponses furent affirmatives et la Commission chargée de la rédaction du projet, après avoir admis le principe de la distribution des indemnités d'assurance suivant l'ordre des hypothèques, ajouta cette disposition excellente : « Il en sera de

même de toute indemnité due par les tiers à raison de la perte ou de la détérioration de l'objet grevé de privilège ou d'hypothèque (A. 2095) (1). »

Aucun de ces projets n'aboutit. On appliqua dans diverses lois spéciales le principe qu'ils admettaient. Ainsi la loi du 28 mars 1858 sur les warrants décide que les porteurs de récépissés ont sur les indemnités d'assurance en cas de sinistre les mêmes privilèges que sur la marchandise, et la loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque des navires attribuait aux créanciers inscrits les mêmes prérogatives. Mais cette dernière disposition fut vivement critiquée et les compagnies d'assurances maritimes lui opposèrent la plus grande résistance. Aussi ne se retrouve-t-elle plus dans la loi du 10 juillet 1885 dont le but est de modifier celle de 1874.

La loi du 19 février à laquelle nous arrivons est issue d'un projet beaucoup plus vaste, intitulé « Loi sur l'organisation du crédit agricole mobilier. » Comme toutes les propositions relatives au régime hypothécaire, cet ensemble de réformes ne put aboutir, et après d'incessants remaniements, il finit par ne plus comprendre que deux dispositions tout à fait étrangères l'une à l'autre, la première relative à la restriction du privilège du bailleur, la seconde sur l'attribution des indemnités d'assurances

(1) Sur tous ces projets et rapports y relatifs voy. *Moniteur Universel*. 1850, p. 2179 et 3347, — 1851, p. 18 et 124, 1808, 2179.

et d'autres indemnités aux créanciers dans l'ordre de leur privilège ou de leur hypothèque.

Nous ne retracerons pas l'histoire des nombreuses transformations de ce projet (1). Il fut promulgué le 19 février 1889 avec le titre « Loi relative à la restriction du privilège du bailleur d'un fonds rural et à l'attribution d'indemnités dues par suite d'assurances. Il est ainsi conçu :

Article 1. — (Relatif au privilège du bailleur).

Article 2. — Les indemnités dues par suite d'assurances contre l'incendie, contre la grêle, contre la mortalité des bestiaux ou les autres risques sont attribuées sans qu'il y ait besoin de délégation expresse aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang.

Néanmoins, les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables.

Article 3. — Il en est de même des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin par application des articles 1733 et 1382 du Code civil.

En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assuré ou ses ayants-droit ne pourront toucher tout ou partie de l'indemnité sans que le propriétaire de

(1) On peut trouver les divers rapports et discussions dans le *Journal Off.* an. 1882, *Ann. Sénat*, p. 471 et 996. — 1883, *Sénat in ext.* p. 1387. — 1887, *Sénat annex.*, p. 36. — 1888, *Sénat in ext.* p. 53 et 71, 132, 179, 254. — 1888, *Chambre des dép. Annex.*, t. II, p. 547.

l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogé à leurs droits aient été désintéressés des conséquences du sinistre.

Article 4. — Les dispositions de l'article 2 ne préjudicieront pas aux droits des intéressés dans le cas où l'indemnité aurait fait l'objet d'une cession éventuelle à un tiers par un acte ayant date certaine au jour où la présente loi sera exécutoire, à la condition toutefois que le transport, s'il n'a pas été notifié antérieurement, en conformité de l'article 1690 du Code civil, le soit au plus tard dans le mois qui suivra.

Il est impossible de ne pas critiquer dès le premier abord la confection de cette loi. En effet, sans rien dire de son double objet, nous remarquerons que la partie réservée à l'attribution des indemnités est très défectueuse.

Le titre de la loi porte : Attributions des indemnités dues par suite d'assurances; or, elle s'occupe aussi d'autres indemnités dues par le locataire ou par le voisin, en vertu des articles 1733 et 1382 du Code civil. La cause de ces indemnités est bien le sinistre, mais elles ne sont pas dues par suite d'une assurance.

La loi de 1889 présente à un autre point de vue une confusion regrettable. Son but principal était de régler le droit des créanciers hypothécaires sur les indemnités d'assurances. Au cours de la discussion on y a fait entrer les indemnités dûes par le locataire ou le voisin, et le Sénat, s'occupant de ces dernières, a introduit dans l'article 3 un paragraphe qui ne vise nullement les créan-

ciers hypothécaires. La disposition de l'article 3, § 2, dont l'explication est d'ailleurs bien difficile, aurait dû trouver sa place parmi les privilèges et non dans cette loi, encore moins dans un simple paragraphe sans numéro spécial. On n'a évité qu'avec beaucoup de peine l'introduction dans ce même article d'un privilège en faveur des ouvriers blessés, sur l'indemnité d'assurance payée au patron en cas d'accident dans une usine. Il est déplorable de voir des dispositions tout à fait étrangères au projet discuté s'introduire dans les articles de lois, grâce à des amendements. Quelle que soit l'impatience de beaucoup de nos législateurs de voir transformer en lois les réformes utiles qu'ils rêvent de donner à notre pays, il est excessif de vouloir trancher toutes les difficultés à la fois, et de faire une loi ouvrière avec un projet sur le régime hypothécaire.

La loi du 19 février 1889 nous offre un assez triste échantillon de ce que peuvent produire les discussions parlementaires en matière juridique.

Nous laisserons donc de côté l'explication du § 2 de l'article 3, dont le commentaire n'apporterait aucun aide à notre thèse, et nous nous occuperons simplement de l'attribution des indemnités aux créanciers hypothécaires.

Nous diviserons l'étude de cette loi en deux paragraphes.

Le premier rappellera brièvement les règles d'attribution fixées par la loi, le seconds plus important à notre

point de vue, aura pour but de rechercher le caractère de cette attribution.

§ I. — *Règles d'attribution fixées par la loi.*

D'après les principes du droit, le droit de préférence hypothécaire ne peut, nous l'avons vu, s'étendre aux indemnités d'assurances et autres que prévoit la loi de 1889. Si les créanciers ont des droits exclusifs sur elles, c'est donc avant tout grâce à la force législative. Nous aurons à voir plus loin comment on peut justifier en théorie cette disposition, mais du moment où une loi particulière déroge à un principe général, il faut l'interpréter restrictivement et on ne peut l'étendre par analogie à des cas prévus.

Nous remarquerons aussi que la loi de 1889 est d'ordre public ; il n'est pas permis d'y déroger par des conventions particulières.

« Le législateur, dit M. Pannier, ayant établi dans « l'article 2 de la présente loi un ordre d'attribution qu'il « juge évidemment être en concordance parfaite avec la « série des intérêts liés à la conservation de la chose, cet « ordre ne peut être interverti (1). »

A). Cela posé voyons quelles indemnités sont attribuées aux créanciers hypothécaires.

I. L'article 2 de la loi nous dit : Les indemnités dues

(1) Pannier. *Attribution des Ind. d'ass.*, n° 2.

par suite d'assurance contre l'incendie, la grêle, la mortalité des bestiaux ou les autres risques.

A la lecture de cet article, on est porté à penser que la loi englobe toutes les indemnités dues par suite d'assurances, car elle ne fait aucune distinction, et ajoute après une énumération très courte qui n'est évidemment pas limitative « les autres risques ». Mais quand on réfléchit au caractère exceptionnel de la loi on demeure fort embarrassé pour déterminer ce que l'on doit entendre par « les autres risques ». Le projet primitif dont le but était l'établissement du crédit agricole, mobilier, n'envisageait que les indemnités dues pour la perte d'un *meuble agricole*. Mais le premier texte a été étendu à deux reprises différentes : la première fois dans le rapport de M. Labiche, déposé au Sénat le 31 juillet 1883, on appliqua la disposition à tous les risques menaçant un meuble quelconque ; la seconde fois, dans le projet définitif discuté le 31 janvier 1888, on effaça toute distinction entre les meubles et les immeubles, si bien qu'il résulte des travaux préparatoires que toute indemnité d'assurances relative à un meuble ou à un immeuble doit être dévolue par ordre de préférence aux créanciers privilégiés ou hypothécaires sur le bien sinistré.

Cependant il est des assurances qu'on peut faire entrer dans cette généralité, et sur lesquelles on n'a rien dit durant la discussion, par exemple les assurances sur la vie, contre les accidents, les faillites et les risques maritimes. Que faut-il décider à leur égard ?

Il nous paraît que les assurances sur la vie ne peuvent rentrer dans le domaine de notre loi parce que la pensée du législateur a été de n'attribuer l'indemnité qu'aux créanciers ayant un privilège ou une hypothèque sur la chose sinistrée, et la vie humaine n'en est pas susceptible.

Cependant cette idée a été émise, et M. Malapert la soutient avec énergie : « Soyons logiques, dit-il, l'attribution des indemnités aux créanciers privilégiés et hypothécaires aura lieu, même quand il s'agira de l'assurance d'une simple créance (1). »

Selon nous, cette extension est excessive, et les termes de la loi si généraux qu'ils soient ne permettent pas d'admettre une solution qui est certainement contraire à l'intention du législateur.

C'est pour les mêmes raisons que nous écarterons les indemnités dues pour des assurances contre les accidents. Ici nous avons dans la discussion même de la loi un point d'appui, puisque le Sénat a rejeté une disposition attribuant par préférence ces sortes d'indemnités aux ouvriers blessés pendant la catastrophe. Le rapporteur fit justement ressortir que la loi ne visait que des créanciers privilégiés et hypothécaires, et nous-même avons fait remarquer quelle confusion apportait dans la loi le § 2 de l'article 3, qui s'écarte du but général. Enfin, les polices d'assurances contre les accidents in-

(1) Malapert. Journ. *Le Droit* 28 juin 1889.

diquent généralement le bénéficiaire de l'indemnité et c'eût été créer des difficultés que de l'attribuer par mesure générale à telle ou telle caste d'individus.

Une difficulté beaucoup plus sérieuse s'est élevée à propos des assurances maritimes. Nous avons déjà indiqué que la loi du 10 décembre 1874 avait attribué aux créanciers hypothécaires sur le navire, les indemnités en provenant, et que cette mesure très mal accueillie dans la pratique, avait été supprimée par le silence très significatif de la loi du 10 juillet 1885.

La loi de 1889 a-t-elle remis en vigueur la disposition abrogée de la loi de 1874. On discute beaucoup sur ce point. Les assureurs ne veulent pas l'admettre, et quelques auteurs soutiennent que ce serait la ruine du système hypothécaire maritime. « La loi nouvelle, dit Malapert, tombant sur le droit maritime avec une pareille énergie, renversant toutes les idées reçues serait une véritable calamité publique (1). » Et il ajoute que l'hypothèque maritime est réglée par la loi de 1885, à laquelle la loi de 1889 ne peut déroger en vertu du brocard de droit *generalia specialibus non derogant*.

Cependant, la grande majorité des auteurs adopte l'opinion contraire. On fait remarquer que les termes de la loi de 1889 sont des plus larges, et que le rapporteur de la loi a fait même supprimer le mot *Compagnies d'assurances*, « car il peut y avoir des cas où l'assurance n'est

(1) Malapert, *loc. cit.*

pas l'œuvre d'une compagnie, cela a lieu notamment pour les assurances maritimes. »

Quant à la règle *generalia specialibus non derogant*, elle n'est pas applicable ici à notre avis. Merlin, dont l'autorité est ici des plus hautes puisqu'il a été chargé de veiller le premier à l'application du Code dont il avait dirigé la confection, explique ainsi cette règle. « Elle signifie, dit-il, que la loi générale, dans les points sur lesquels elle est en opposition avec la loi spéciale, ne déroge pas à celle-ci, mais signifie-t-elle que dans les points sur lesquels la loi spéciale est muette, la loi générale ne doit pas suppléer à son silence? Non, certes, et la Cour a constamment jugé le contraire (1). » Or, c'est le cas de la loi de 1885.

MM. Darras et Tarbouriech (2) partagent cet avis. Ils font remarquer que la loi de 1874 avait placé un créancier spécial en dehors du droit commun auquel la loi de 1885 l'avait rendu au point de vue du droit à l'indemnité d'assurance, « en 1889, disent-ils, ce droit commun est modifié, pourquoi ce créancier ne serait-il pas traité comme tous les créanciers privilégiés et hypothécaires? serait-il moins utile de protéger celui-ci que celui-là? »

D'autre part, on a fort exagéré le danger d'introduire ces dispositions dans le droit maritime. La loi de 1874 était déplorable à bien des points de vue. Ainsi, elle attri-

(1) Merlin, Repert. Testament, sect. II, § 3, art. 2. Requis, du 20 juillet 1809.

(2) *loc. cit.* n° 29.

buait l'indemnité aux créanciers hypothécaires et ne mentionnait pas les privilégiés en sorte que l'ordre de collocation était bouleversé et que l'assureur ne savait qui payer. Elle décidait aussi que l'inscription de l'hypothèque valait opposition au paiement de l'indemnité, ce qui obligeait l'assureur à se procurer un état des inscriptions hypothécaires. La loi de 1889 ne présente pas tous ces inconvénients, et bien qu'elle n'offre pas toutes les garanties désirables, son application est loin d'être aussi dangereuse. Nous ne voyons pas dès lors pourquoi on ne l'appliquerait pas en droit maritime.

Une question délicate est celle de savoir si l'assurance contractée par un autre que le débiteur peut profiter aux créanciers hypothécaires. Nous ne parlerons pas de l'assurance contractée par un créancier dont la validité est fort douteuse, et que la jurisprudence admet comme étant faite au profit du propriétaire par application de la théorie de la gestion d'affaires ; mais lorsque l'immeuble est assuré par un tiers détenteur, l'indemnité doit-elle profiter aux créanciers hypothécaires ? Quelques auteurs font dépendre la solution de l'interprétation de l'article 2168 et disent : si l'obligation du détenteur est de délaisser, il ne doit pas distribuer l'indemnité d'assurances aux créanciers ; s'il est tenu de payer, il doit la leur abandonner (1). Or, nous avons vu au cours de cette étude que depuis des siècles en France la solution de cette question est en suspens.

(1) Cf. Darras et Tarbouriech, n° 31.

Telles sont les indemnités d'assurances, qui tombent sous le coup de la loi de 1889, et qui doivent être distribuées aux créanciers hypothécaires ou privilégiés dans l'ordre de préférence quelleque soit leur quotité.

L'article 3 assimile certaines autres indemnités à celles dues par suite d'assurances, et dispose qu'elles seront attribuées suivant le même mode aux créanciers hypothécaires. « Il en est de même des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin, par application des articles 1733 et 1382 du Code civil.

Cet article a été introduit dans la loi sur un amendement de M. Lacombe dans la séance du Sénat du 6 mars 1888 (1). Cette disposition est très utile, malheureusement, elle est incomplète. M. Lacombe justifia son amendement en faisant remarquer que beaucoup d'indemnités avaient le caractère des indemnités d'assurance, et venaient remplacer dans le patrimoine incendié le bien détruit par un sinistre. Mais il n'a envisagé que l'hypothèse d'un incendie et a borné l'extension de la loi aux indemnités dues par le locataire contre qui l'article 1733 du Code civil pose une présomption de responsabilité, ou par le voisin en vertu de l'article 1382.

Pourquoi a-t-on limité l'article 3 à ces deux applications de la réparation du dommage causé par autrui. Comment n'a-t-on pas vu que les termes de l'article 1382 embrassent des hypothèses innombrables. « Tout fait

(1) *Journal Offic.* 1888, *Sénat in extenso*, p. 254 et s.

quelconque de l'homme qui porte préjudice à autrui ? » Chacun de ces faits donne lieu à une indemnité, laquelle remplacera dans le patrimoine du débiteur la chose endommagée, n'est-il pas juste de l'attribuer aux créanciers privilégiés ou hypothécaires sur cette chose ?

Cette solution s'impose tellement que beaucoup d'auteurs ont pensé que l'article 3 ne citait qu'à titre d'exemples le recours du locataire et du voisin, et qu'on pouvait étendre par voie d'analogie les mêmes règles à d'autres indemnités dues en vertu de l'article 1382.

Il est à déplorer que cette généralisation de l'article 3 n'ait pas été proposée au Parlement, mais nous croyons qu'il est impossible aux Tribunaux d'y suppléer, étant donné le caractère dérogoratoire de la loi. Nous déciderons donc que toutes indemnités autres que celles payées par le locataire ou le voisin en cas d'incendie peuvent être touchées directement par celui à qui le dommage a été causé, et deviennent dans son patrimoine le gage commun des créanciers. — Tel sera le sort des indemnités dues par l'architecte ou l'entrepreneur, qui aux termes de l'article 1792 du Code civil sont responsables pendant les dix ans qui suivent la réception des travaux, de la perte de tout ou partie de l'édifice construit par eux, par suite d'un vice de construction ou même d'un vice du terrain sur lequel ils ont bâti. Et cependant cette indemnité présente pour les créanciers hypothécaires le même caractère que celle du locataire ou du voisin.

Il faut encore écarter de l'application de l'article 3, § 1, les indemnités dues par le détenteur d'un corps certain, par exemple l'usufruitier. Celui-ci est tenu comme le locataire de l'obligation de conserver, comme lui, il est responsable de la perte ou de la détérioration de la chose, et la jurisprudence décide encore qu'à l'exemple du locataire une présomption de faute pèse sur lui qui ne peut être écartée qu'en prouvant le cas fortuit ou la force majeure, ou le fait d'un tiers (1).

Et, généralement, toute indemnité due en vertu d'une convention, d'un délit ou d'un quasi délit, dans les conditions de l'article 1382 ne saurait tomber sous le coup de la loi de 1889.

Tout le monde regrette cette anomalie (2), car il n'y avait que des avantages à généraliser la solution. Au lieu de règles bâtarde, nous aurions eu un principe général en matière hypothécaire. Toute indemnité due en raison de la destruction d'une chose serait venue prendre la place de cette chose, et la représenter à l'égard des créanciers hypothécaires.

B). Nous connaissons maintenant les indemnités qu'on devra attribuer suivant l'ordre de préférence. Voyons, en détail, quels créanciers profiteront de l'indemnité.

(1) Cass. 19 mai 1886, (Dal. 86-1,406).

(2) Cf. Vannier, *loc. cit.* p. 39. Darras et Tarbouriech, *loc. cit.* n° 40.

La loi déclare (art. 2) que l'indemnité est attribuée « aux créanciers privilégiés ou hypothécaires suivant leur rang ». Cette disposition paraît avoir un sens assez net, cependant, M. Malapert, dont nous avons déjà relevé quelques opinions bizarres, a cru pouvoir soutenir que les créanciers visés par l'article 2 étaient tous les créanciers privilégiés et hypothécaires du propriétaire du bien endommagé (1). Cette opinion n'est pas soutenable. D'abord elle serait des plus injustes, puisqu'elle donnerait à des créanciers qui n'ont aucun droit sur le bien un privilège spécial au détriment de ceux qui ont pris une inscription d'hypothèque. D'autre part, la discussion de la loi ne laisse aucun doute à cet égard. Les seuls créanciers colloqués seront ceux qui ont un privilège ou une hypothèque sur le bien endommagé. Le rapporteur la dit en propres termes au Sénat, et cette idée était si naturelle qu'on n'a pas cru nécessaire de la préciser dans le texte de la loi. Le but de la loi a été d'assimiler l'indemnité au prix de vente, de remplacer une valeur détruite par une autre, et de conserver sur celle-ci les droits établis sur la première.

Cela posé, nous dirons : Toute créance privilégiée ou hypothécaire sur l'immeuble assuré et détruit aura droit à une collocation dans l'ordre sur l'indemnité payée au propriétaire.

La loi, dit tout créancier *privilegié* et non ayant un

(1) *Journal Le Droit*, 28 juin 1889.

priviège, cela nous permettra de faire rentrer le titulaire d'un droit de rétention parmi les bénéficiaires de l'indemnité, bien que ce droit ne constitue pas un privilège au sens strict du mot. Il est, en effet, équitable que ce créancier dessaisi malgré sa volonté reçoive un droit privilégié semblable à celui qu'il avait sur la chose ; mais il nous paraît excessif de considérer comme privilégiés, à l'exemple de MM. Darras et Tarbouriech, les personnes qui jouissent d'un droit de retour légal, en vertu des articles 747, 766, 351 et 352 du Code civil ou les cohéritiers bénéficiaires d'un rapport (a. 843). La loi de 1889, toute de droit étroit, n'a établi de dérogation à l'effet normal du contrat d'assurance qu'au profit des *créanciers hypothécaires ou privilégiés*. Toutes les autres personnes restent dans le droit commun. Il ne faut pas oublier que d'après tous les principes, on ne peut considérer l'indemnité comme représentant juridiquement la chose sinistrée ; et la loi ne fait exception qu'en faveur de certains créanciers.

Ces cas douteux étant fixés, nous dirons que tout privilège spécial ou général, mobilier ou immobilier, toute hypothèque conventionnelle, judiciaire ou légale, donnent droit à l'attribution spéciale de l'indemnité. Remarquons toutefois qu'en vertu de la disposition transitoire de l'article 4 de la loi, ces créanciers pourront être primés par des cessionnaires antérieurs à la loi de 1889 qui auraient signifié leurs droits dans le mois de la promulgation de cette loi. Quant aux cessionnaires posté-

rieurs au 19 février 1889, ils seront colloqués simplement avant les créanciers chirographaires, s'ils n'ont pas d'autre cause de préférence.

A quelles conditions les créanciers privilégiés ou hypothécaires exerceront-ils leurs droits spéciaux sur l'indemnité.

La loi de 1889 est encore mal faite à ce point de vue. Elle n'exprime aucune condition pour l'exercice du droit de collocation, et on penserait facilement à sa lecture qu'il suffit de posséder un privilège ou une hypothèque régulièrement inscrits pour pouvoir invoquer son droit. Cependant le § 2, de l'article 2, dit : « Les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables ». Faut-il donc une opposition ? Le texte n'en parle plus. Ce qui paraît ressortir des dispositions de la loi, c'est qu'on n'a pas voulu exposer l'assureur au danger de mal payer, ce qui serait arrivé forcément, même s'il avait requis un état d'inscription, toutes les causes de préférence n'étant pas soumises à la publicité. On a donc dit aux créanciers privilégiés : vous aurez une collocation spéciale sur l'indemnité, si vous avez une cause de préférence régulière, et si vous les faites connaître à l'assureur. Si l'une de ces conditions manque, la collocation privilégiée n'aura pas lieu. Nous déciderions par exemple que le créancier ayant une hypothèque signifiée à l'assureur, mais encore non inscrite au moment du sinistre ne devrait pas être colloqué.

Il n'y a pas d'autres conditions nécessaires à l'exercice

du droit sur l'indemnité ; nous dirons aussi que l'inscription d'hypothèque périmée entre l'arrivée du sinistre et le règlement n'a pas besoin d'être renouvelée, car c'est au moment du dommage que *l'inscription a atteint son effet légal*. Du reste, quand le bien a été complètement détruit, toutes les charges qui le grevaient ont été éteintes du coup, et reportées par l'effet de la loi sur l'indemnité d'assurance.

Comment le créancier fera-t-il connaître son droit privilégié à l'assureur ? La loi ne fixe pas de moyens formels, cependant dans l'article 2, § 2, elle semble indiquer l'opposition. Il ne s'agit pas ici évidemment de l'acte d'opposition, tel qu'il est prévu pour la saisie-arrêt, ainsi que l'avait décidé le Tribunal de Toulouse, dont le jugement a d'ailleurs été cassé par la Cour de cette ville, le 27 mai 1890 (1). Ce doit être une simple dénonciation écrite, faite par ministère d'huissier. Nous ne verrions pas même d'inconvénients à ce que l'opposition eut lieu par simple lettre (2), mais il est plus prudent d'employer le ministère d'un officier public pour éviter les contestations sur l'arrivée de la lettre au des-

(1) V. le jugement du Tribunal de Toulouse dans le journal *l'assurance*, 20 mars 1890, l'arrêt de la Cour au Sirey, 90. 2. 173 ; et dans le même sens un jugement du Tribunal de Montpellier, 12 mai 92. (*Moniteur des ass.*) 1892, p. 506.

(2) Cependant, le Tribunal de la Seine décide qu'une lettre même recommandée est impuissante à fournir la preuve d'une notification (25 mars 1886, D. 86-3, 73). Tel est aussi l'avis de M. Escorbiac, *loc. cit.* p. 406.

tinataire exactement désigné. L'opposition peut avoir lieu avant l'arrivée du sinistre, quand il s'agit d'un assureur ; mais au cas de responsabilité du voisin ou du locataire, elle ne peut qu'être faite postérieurement. La loi de 1889 présente encore ici une lacune. Elle ne fixe aucun délai pour permettre aux créanciers de se faire connaître, en sorte que le locataire qui réglerait immédiatement son indemnité serait libéré valablement, et celle-ci tomberait dans le patrimoine du débiteur(1). Aussi, la prudence la plus élémentaire obligera les créanciers à faire le plus tôt possible opposition au paiement de l'indemnité.

La signification faite avant le sinistre à l'assureur forme une opposition éventuelle, car la dette de celui-ci n'est pas encore née. Cette opposition devra être renouvelée toutes les fois que le contrat d'assurances viendra à prendre fin pour une cause quelconque. Les créanciers ont donc intérêt à ce que ce contrat ne soit ni résilié, ni rompu, et on s'est demandé à ce sujet, s'ils ne pouvaient pas prévenir les causes de résiliation en payant les primes lorsque leur débiteur le néglige, en faisant les déclarations d'une augmentation de risques, etc. Ces questions sont fort douteuses, il nous paraît que le paiement des primes par le créancier peut-être autorisé, en

(1) Cependant, il ne faut pas oublier que la bonne foi est une question de fait, et bien qu'elle se présume en faveur de celui qui n'a pas reçu d'opposition, on pourrait dans certaines hypothèses faire la preuve contraire.

vertu de l'article 1166 du Code civil, mais permettre aux créanciers de faire tous les actes préventifs d'une résiliation de l'assurance, est excessif, car ils ne sont pas portés au contrat, ils ont droit à l'indemnité, mais ne peuvent en dehors de toute convention exiger de leur débiteur l'assurance de ses biens.

C). Quand le sinistre est arrivé et l'opposition régulièrement faite, les créanciers doivent attendre d'être convoqués pour le paiement. Mais des difficultés se sont élevées sur le point de savoir s'ils n'avaient pas des droits d'intervention pour la fixation et le règlement de l'indemnité. La solution dépend de la nature que l'on reconnaît au droit qui leur est conféré par la loi de 1889.

La jurisprudence est hésitante à ce sujet. Ainsi un jugement du tribunal de la Seine, en date du 13 janvier 1893, décide que la loi ne confère pas aux créanciers un droit de cessionnaire, qu'il n'y a ici aucune délégation et que l'assuré seul peut obtenir la condamnation de l'assureur (1). Le tribunal de Brives, dans un jugement du 18 décembre 1889, avait jugé exactement le contraire, disant que l'assuré était dessaisi à l'égard de l'assureur et que la loi produit l'effet d'une délégation expresse et régulière (2).

(1) *Bulletin de jurispr. du Jour. l'Assurance*, 20 mai 1893, p. 75
Dans le même sens et *loc. cit.*, un jugement du Tribunal de Villefranche du 19 mai 1893.

(2) Brive, 18 déc. 89, (Sir. 90, 2, 174).

La fixation de la nature du droit du créancier influe encore sur les conditions dans lesquelles la Compagnie d'assurances doit se libérer. Il s'est élevé des difficultés à cet égard. Des assureurs, après avoir fixé le montant de l'indemnité, ont exigé de leurs assurés la preuve que le bien détruit n'était engagé à aucun créancier hypothécaire ou privilégié, et ils ont refusé de payer jusque-là. Or, cette preuve est souvent difficile. Cependant, le tribunal de Brives, dans le jugement déjà cité, avait admis la légitimité de la réclamation par l'assureur d'un état d'inscriptions négatif sur une maison incendiée ; mais, depuis, le tribunal de commerce de Vienne a décidé, avec juste raison, dans un jugement du 11 août 1891 (1), que les Compagnies d'assurances n'avaient pas à rechercher par l'examen des états hypothécaires s'il y avait des créanciers privilégiés autres que les opposants. On ne veut pas donner aux Compagnies la faculté de différer indéfiniment le paiement, sous le prétexte qu'elles ne seraient pas sûres de bien payer. Bien que la jurisprudence paraisse vouloir se fixer dans le sens du jugement de Vienne, les Compagnies d'assurances, craignant d'avoir à solder deux fois une indemnité, ont inséré dans leurs polices une clause aux termes de laquelle l'assuré doit déclarer sous peine de déchéance du droit à l'indemnité s'il est ou non débiteur hypothécaire, et le tribunal de la Seine a validé, le 17 février 1893, une pareille convention

(1) V. ce jugement dans les *Pand. fr.* 1892, 2, p. 235).

alléguant que l'abstention de l'assuré équivaut ici à une réticence de nature à influencer sur l'appréciation du risque.

Les Compagnies ont trouvé là un moyen indirect de mettre hors de doute leur bonne foi ; mais elles ont créé des difficultés inévitables, et il eût été préférable de s'en tenir à l'opinion des premiers commentateurs de la loi de 1889 et déclarer que le paiement fait à l'assuré est valable chaque fois que l'assureur n'a pas reçu notification directe par voie d'opposition ou autrement de l'existence d'une créance privilégiée (1).

Quand le débiteur de l'indemnité n'élève aucune difficulté sur l'opportunité du paiement, comment s'effectue celui-ci ? La loi répond que les créanciers hypothécaires et privilégiés seront payés suivant leur rang.

C'est ici qu'apparaît la véritable réforme de la loi nouvelle. Conformément aux principes du droit, on disait que l'ordre de préférence avait été rompu par le sinistre qui avait eu pour effet de changer la nature de leur gage et en même temps la nature de leurs droits. Le but de la loi a été de supprimer ces effets nuisibles aux intérêts du crédit, en dérogeant aux règles générales du droit commun. Pour cela, elle a appliqué à la distribution de l'indemnité les règles de la collocation sur le prix de vente, et à ce point de vue, il faut considérer que l'immeuble a été vendu, et l'acquéreur est représenté par la Compagnie d'assurance.

(1) Cf. Darras et Tarbouriech. *loc. cit.* n° 82.

En cet état, si tous les créanciers sont d'accord, et tous maîtres de leurs droits, on peut procéder à un ordre consensuel devant notaire. L'assureur se fera donner main levée des oppositions et exigera une quittance collective pour le dégager vis-à-vis de tous, le notaire fera radier les inscriptions après en avoir obtenu main levée, même de celles qui ne viennent pas en ordre utile pour cause d'insuffisance du montant de l'indemnité, il liquidera les droits de chacun, et distribuera suivant l'ordre de préférence accepté les deniers de l'indemnité jusqu'au complet épuisement. Il dressera procès-verbal de toutes ses opérations et l'affaire sera ainsi terminée.

Si les créanciers ne s'entendent pas, il y aura lieu de procéder au règlement par la voie de l'ordre ou de la distribution par contribution judiciaire, suivant qu'ils s'agit d'une indemnité représentant un immeuble ou d'une indemnité représentant une chose mobilière. Les principes généraux à appliquer sont posés dans le Code de procédure civile, et nous n'avons pas à entrer ici dans leurs détails.

Rappelons cependant qu'un auteur, M. Oudiette, désireux d'éviter les lenteurs de la procédure, a proposé un mode de règlement spécial, qui paraît très séduisant. Mais il fait intervenir l'assureur dans les difficultés qui peuvent s'élever entre les divers intéressés sur le rang des créanciers, la valeur de leurs titres et le quantum de leurs créances. Ce rôle est des plus dangereux pour

l'assureur, il engage gravement sa responsabilité, et il est bien certain que les Compagnies n'ayant aucun intérêt au règlement le plus prompt de ces litiges ne consentiront jamais à se prêter à de telles combinaisons.

Mais si l'assureur n'intervient pas à ces difficultés, que doit-il faire de l'indemnité pendant le cours des contestations? MM. Malapert et Corny (1) prétendent qu'ils ne paieront ni ne déposeront les deniers. En effet, ils n'ont à effectuer le paiement qu'après la liquidation des droits de chacun, et ne pourront consigner à la Caisse des dépôts, parce que pour cela il faut en être requis, et personne n'a qualité dans l'hypothèse pour agir contre la Compagnie. D'autre part, ils ne peuvent consigner volontairement, car il faut pour cela faire au préalable des offres réelles (2). Cependant, cette dernière règle n'est pas absolue, et comporte certaines exceptions, justement dans les cas où un adjudicataire doit payer à des ayants droit encore inconnus. Telles sont les dispositions de l'article 777 du Code de procédure civile, l'art. 30 de la loi du 10 juillet 1885 sur l'hypothèque maritime, et l'article 54 de la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Nous croyons donc qu'on pourrait étendre ce droit de consignation sans offres réelles préalables aux Compagnies d'assurances, bien que la loi de 1889 soit muette à ce sujet.

(1) *Loc. cit.* p. 11.

(2) Cf. Pannier, *loc. cit.* p. 36.

§ II. — *Nature de l'attribution aux créanciers privilégiés.
Comparaison avec le droit sur le prix des créanciers
Romains.*

Nous avons rappelé le plus succinctement possible les règles posées par la loi du 19 février 1889 sur l'attribution de certaines indemnités aux créanciers privilégiés et hypothécaires, afin de donner une idée exacte de leur situation. Revenons maintenant au but théorique que poursuit notre thèse et demandons-nous si l'on peut justifier scientifiquement les solutions qu'ont fait admettre l'équité et le développement du crédit.

A). On avait dit constamment, avant 1889, que les créanciers hypothécaires ne pouvaient prétendre à une collocation privilégiée sur l'indemnité d'assurance parce que celle-ci ne pouvait être subrogée à l'immeuble, n'étant pas produite par lui. C'eût été briser à jamais l'unité du droit hypothécaire, séparer complètement les deux éléments du droit réel en donnant au droit de préférence un objet tout à fait étranger au bien engagé.

Cependant le législateur a sanctionné ces dispositions que l'on réclamait au nom de l'équité, et les jurisconsultes se sont efforcés depuis de les faire rentrer dans le cadre de notre droit français. Ils ont eu recours pour cela à diverses théories.

On a cherché dans les travaux préparatoires quelle idée s'était faite le législateur du droit nouveau qu'il introduisait. Malheureusement, il suffit de jeter un coup

d'œil sur les rapports faits au Sénat pour voir la plus grande confusion à cet égard.

Nous avons dit, qu'avant 1889, le droit des créanciers résultait exclusivement d'une cession de l'indemnité éventuelle consentie par l'assuré, cession qui présentait le caractère non d'un véritable transport, mais d'un nantissement.

La loi nouvelle renverse tout cela. Elle supprime comme inutile la stipulation de cession d'indemnités qui était devenue de style dans tous les contrats de prêts, puis quand le législateur veut expliquer en théorie ses réformes, on ne peut y rien comprendre. Il suffit de citer deux passages de discours de M. Lacombe au Sénat, le premier du 2 février 1888, le second du 6 mars suivant.

Le 2 février, l'orateur semble considérer le droit des créanciers comme résultant d'une cession, il fait remarquer les dérogations graves apportées par la loi aux principes du Code en matière de transport de créances : « Les droits des créanciers hypothécaires sont transportés de plein droit sur les indemnités qui sont allouées par la Compagnie d'assurance à la suite du sinistre. C'est là une modification complète au droit actuel en ce sens qu'aujourd'hui cette subrogation n'existe pas de plein droit. »

Le 6 mars, le même M. Lacombe disait : « Désormais, à côté de la délégation conventionnelle qu'on stipulait souvent dans les contrats de prêt, il existera une délégation de plein droit au profit des créanciers privilégiés et hypothécaires. »

Ainsi nous trouvons, dans les paroles d'un des hommes qui se sont le plus occupés de la rédaction de la loi, trois expressions différentes pour expliquer l'effet de la réforme législative, et, malheureusement, ces trois expressions, « transport de plein droit, subrogation, de plein droit délégation de plein droit », ne sont pas synonymes dans le langage juridique.

Aussi les théories les plus diverses ont été proposées, et nous allons les passer en revue.

On pourrait dire : l'indemnité d'assurance est subrogée à l'immeuble, et le droit de préférence s'exerce sur elle. Cette solution avait été constamment rejetée par la jurisprudence antérieure à 1889, et nous avons vu qu'elle ne pouvait se concilier avec la notion de l'hypothèque. Tel a été aussi l'avis du Parlement. Un sénateur, M. Lenoël, avait proposé de transporter les dispositions de la loi nouvelle dans le Code civil, et de modifier l'article 1251 qui traite de la subrogation légale au profit du créancier. Or, on fit remarquer que les nouvelles règles, loin de rentrer dans le cadre de l'article 1251, étaient en opposition formelle avec lui puisqu'il n'accorde la subrogation qu'à ceux qui payent pour autrui, ce qui n'est pas l'hypothèse de l'assureur.

Le droit des créanciers est-il basé sur une délégation? Demante et Colmet de Santerre disent que « la délégation est une opération par laquelle l'ancien débiteur, pour s'acquitter envers son créancier, lui donne une tierce personne qui à sa place s'oblige envers ce créancier ou

envers la personne qu'il lui indique » (1). Au premier abord le droit du créancier privilégié sur l'indemnité d'assurance semble pouvoir résulter d'une pareille opération. L'assuré, qui joue ici le rôle de délégant, offre à son créancier délégataire le paiement de sa créance sur l'indemnité que doit l'assureur délégué. Mais les conditions de la délégation ne sont pas toutes remplies. Pour qu'elle s'opère, il faut qu'il y ait novation de la créance, c'est-à-dire que la première disparaisse par suite d'un changement dans un élément essentiel du bien juridique, ici, par changement de débiteur. Cette condition est fondamentale. « Il faut appliquer à la délégation dit Laurent (2) le principe général qui régit la novation par substitution d'un nouveau débiteur (art. 1271-2°). S'il n'y a pas de décharge, il ne peut être question de novation, puisque la première dette subsiste. » Il faudrait donc que le créancier renonce expressément à sa créance contre l'assuré et qu'il accepte l'assureur pour son débiteur, ce qui est évidemment impossible.

La cession-transport, pas plus que la subrogation; n'opère la novation. Colmet de Santerre dit fort bien : « Pour que la novation se produise, il faut que l'ancien créancier renonce à son droit, que le créancier nouveau acquière une créance, enfin, que le débiteur contracte un nouvel engagement (3). » Laurent à son tour caracté-

(1) Colmet de Santerre, t. V, n° 233 *bis*, I.

(2) Laurent, t. XVIII, n° 317.

(3) Colmet de Santerre, t. V, n° 222, *bis*, III. Aubry et Rau, t. IV. p. 219, n. 37.

rise ainsi la cession de créance. « Quand il y a cession de créance, dit-il, il ne se forme pas une obligation nouvelle, le créancier transporte la créance au cessionnaire ; c'est donc l'ancienne créance qui subsiste à la charge du même débiteur : aussi le débiteur ne doit-il pas consentir la cession, il y reste étranger ; tout se passe entre le cédant et le cessionnaire, sauf que le cessionnaire doit signifier la cession au débiteur pour être saisi à l'égard des tiers. Dans la novation, le débiteur intervient, ce qui rend toute signification inutile. La Cour de Paris a consacré ce principe avec la conséquence qui en résulte, c'est que la dette cédée subsiste avec sa cause, ses conditions, ses modes, et les vices qui pourraient y être attachés » (1).

Le législateur, en employant les mots de subrogation, délégation et cession comme synonymes n'a donc pas voulu les prendre dans leur sens technique et précis ; il n'a pas voulu indiquer que le droit à l'indemnité était basé sur telle ou telle de ces opérations.

Quelle est donc la véritable nature du droit des créanciers privilégiés sur l'indemnité due par la Compagnie d'assurances, par le locataire ou le voisin ? Il nous semble logique de dire que la loi de 1889 a eu pour but de sanctionner et de rendre légale l'opération par laquelle on attribuait aux créanciers hypothécaires un droit exclusif à l'indemnité. Or, le moyen employé avant 1889 était une cession de créances.

(1) Laurent, t. XVIII, n° 205.

Nous allons tâcher de démontrer qu'il n'a pas changé de caractère en acquérant la sanction de la loi.

L'article 2, par sa forme, indique clairement qu'il veut établir le transport de plein droit de l'indemnité, sans qu'il soit besoin d'une stipulation expresse, et donner à ce transport tous les effets d'une cession conventionnelle. Il a voulu aussi dispenser de plein droit de la notification autrefois nécessaire pour rendre la cession opposable aux tiers. Le texte de la loi ne le dit pas expressément, et il est à regretter que le législateur n'ait pas eu l'idée d'insérer dans la loi de 1889 une disposition à ce sujet, car bien des difficultés auraient été tranchées, et la loi ne mériterait pas ce reproche trop justifié, de poser en des termes beaucoup trop vagues et généraux, un principe dérogoire au droit commun.

La loi du 10 décembre 1874, sur l'hypothèque maritime, disposait formellement que le créancier était dispensé de toute notification. Ce précédent aurait dû servir d'exemple.

Mais si le texte officiel de la loi est muet sur ce sujet, les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur l'intention de ceux qui l'ont faite. « L'article 2, disait M. Lacombe au Sénat, est une modification complète au droit actuel, en ce sens que le projet fait échapper une série de valeurs mobilières, de créances, aux dispositions de l'article 1690, d'après lesquelles le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la notification du contrat de transport. » Mais si en principe l'opération qui se fait

légalement depuis 1889 a gardé sa nature de cession, on en a modifié les effets, par ce que cette cession a un but spécial, elle forme une garantie.

Pour la plier à ce rôle nouveau, on lui a donné des attributions que n'a pas la cession faite à titre de vente par exemple, et le législateur, pour être sûr de poser des règles commodes, a pris pour modèle des droits à accorder aux créanciers sur l'indemnité ceux qu'ils exercent sur le prix de vente. La volonté très nette d'assimiler ces deux droits apparaît à chaque instant dans la discussion. « On inscrit le plus souvent dans les actes constitutifs de privilèges ou d'hypothèques, a dit le rapporteur, M. Labiche, la clause de subrogation. Mais il y a parfois des omissions, et certains privilèges sont constitués sans acte. Il y a donc un intérêt pratique incontestable à édicter une disposition qui assimile l'indemnité au prix. » C'est là une des principales raisons qui ont déterminé à dispenser cette cession légale de l'indemnité de la notification faite au débiteur, car une pareille obligation aurait supprimé l'effet utile de la loi et aurait rendu illusoires ses dispositions. Son but a été de supprimer les formalités nécessitées par l'application rigoureuse des principes, d'assurer l'efficacité de la cession légale en la dégageant des formes embarrassées, nécessaires au transport conventionnel des créances en général. Cette idée se retrouve chez la plupart des commentateurs. « Le but de l'attribution, dit M. Escorbiac, est de supprimer les formalités gênantes et onéreuses ; or,

de ces formalités, quelle était la plus gênante, la plus onéreuse? Était-ce la stipulation de la cession? Nullement. Il suffisait, pour cette stipulation, de quelques mots ajoutés au contrat de prêt, dont la cession dans l'immense majorité des cas n'était que l'accessoire. Était-ce la remise de la police? Nullement : elle s'opérait par une tradition manuelle, ou par l'annexion du titre à la minute de l'acte de prêt. La formalité vraiment gênante et surtout onéreuse, lorsque la chose assurée était de peu de valeur, était la notification. Si la nouvelle loi n'a pas pour résultat la suppression de cette formalité, l'utilité en est incontestablement diminuée. »

Ainsi, deux points paraissent établis. D'une part, le droit du créancier sur l'indemnité d'assurance est basé sur une cession; légale d'autre part, la loi veut faire produire à cette cession de tels effets que les droits sur l'indemnité se rapprochent le plus possible du droit sur le prix. Cependant on a fait à ce système de nombreux reproches et nous aurons à voir nous même s'il est exempt de tout défaut.

On a dit d'abord l'assimilation du droit à l'indemnité, au droit sur le prix est impossible, par ce qu'il y aura toujours entre eux une différence très importante.

En effet, lorsqu'un prix est offert aux créanciers hypothécaires par un acquéreur, celui-ci a un moyen d'empêcher que des créances nouvelles sur l'immeuble

viennent s'ajouter à celles déjà existantes et prennent rang sur le prix de son acquisition.

Il n'a qu'à faire transcrire son titre, et grâce à cette formalité le cours des inscriptions est arrêté. Sa situation est liquidée à jour fixe. Quand un immeuble a été incendié, et que tout n'a pas péri, (ce qui est le cas le plus fréquent puisque le sol au moins ne disparaît pas), rien n'empêche les nouveaux créanciers de l'assuré de prendre un rang privilégié sur le montant de l'assurance. De sorte que, jusqu'au paiement, on peut voir surgir de nouveaux attributaires de l'indemnité (1).

Le caractère de cessionnaire légal que nous avons prêté au créancier a fait aussi l'objet de vives critiques.

Voici ce que dit à ce sujet M. Pannier, qui appelle assez inexactement la cession légale, délégation tacite.

« Le texte de l'article 2, dit-il, éveille l'idée que les effets de l'attribution légale sont ceux d'une délégation tacite dispensée de notification.

Mais pour que l'attribution légale produise en fait les effets d'une délégation tacite, il n'est pas nécessaire qu'elle emprunte sa nature, et en réalise tous les effets. »

Partant de cette idée, M. Pannier (2) analyse les effets de la délégation tacite, parmi lesquels il range l'exercice des actions relatives à l'obligation de l'assureur de payer l'indemnité.

(1) Cf. Gauvin, *Assurances contre l'incendie* (*Monde économique*, 11 juillet 1891).

(2) *Loc. cit.* n° 7, 8, 9. p. 18 et s.

Il en conclut que si l'attribution légale doit être considérée comme une délégation ou cession tacite dispensée de notification, on devra décider :

« 1° Que l'exercice de ces actions appartient activement et passivement à chacun des créanciers désignés en l'article 2, ainsi qu'à l'assuré, et ce dans les limites et jusqu'à concurrence de la portion d'indemnité qui doit revenir à chacun d'eux. »

« 2° Que toutes ces demandes doivent être en général intentées sous forme d'actions principales, dans les délais déterminés par la police à peine d'échéance, chaque demandeur exerçant les droits qui lui sont propres ne peut, en tant du moins qu'il s'agit de requérir une condamnation contre l'assureur, se contenter d'intervenir dans une instance préalablement engagée. »

« 3° Que les demandes multiples seront tenues en suspens, au point de vue du chiffre des condamnations à prononcer, aussi longtemps qu'il n'aura pas été procédé par voie d'ordre ou de contribution suivant le cas, et vis-à-vis de l'assuré, par une instance distincte, s'il conteste l'étendue de quelques-uns de ces créanciers. »

« Que dans le cas où les offres seraient nécessaires ou lorsqu'il y aura lieu à faire des notifications quelconques se rapportant à une consignation de l'indemnité, l'assureur devra adresser ces offres ou ces notifications à tous les intéressés ou ayant un droit direct à prétendre sur l'indemnité.

« La seule énumération de ces conséquences, ajoute M. Pannier, démontre à notre avis qu'il n'a pas dû entrer dans les intentions du législateur, en édictant les dispositions de l'article 2, d'introduire un ensemble d'innovations aussi considérable dans le mode pratique d'exécution du contrat d'assurance. »

Il est bien évident que la loi de 1889 n'a pas voulu produire tous les effets qu'énumère complaisamment M. Pannier. Mais il nous semble que cet auteur a commis une grave erreur en attribuant à la cession légale sous le nom de délégation tacite tous les effets sus-mentionnés. Ces effets sont ceux d'une délégation parfaite, opérant novation, et la cession légale, nous l'avons vu, n'a jamais produit une novation de créance.

Nous dirons donc pour conclure sur cette délicate question : L'attribution des indemnités se faisait avant 1889, en vertu d'une cession, et elle n'a pas changé depuis de caractère. Mais étant donné les circonstances spéciales dans lesquelles elle se produit, et la nécessité où l'on se trouve d'éviter toute espèce de formalité, on a dispensé cette cession de notification au débiteur ; et l'absence de cette notification a entraîné par force quelques changements de ses effets à l'égard des tiers.

Nous formulerons une critique touchant les deux idées principales qui ont guidé la confection de la loi. Le législateur s'est proposé deux buts : transformer la cession conventionnelle en cession légale ; identifier les droits sur l'indemnité d'assurance au droit sur le prix. Ces

deux idées accouplés sont vraiment choquantes ; comment arriver à identifier les effets de la cession d'une créance, droit personnel, et ceux d'un droit réel, d'un droit de préférence hypothécaire ? Dans un cas, le créancier hypothécaire a obtenu la cession de la qualité de créancier de l'assureur, dans l'autre, il poursuit la réalisation d'un *jus in rem*, et on parle d'identifier les deux positions et l'on y est arrivé : Que conclure lorsqu'on constate un résultat semblable, sinon qu'il y a un des droits qui est faussement qualifié. Les partisans de la notion hypothécaire du Code diront que c'est la cession de l'indemnité qui est tout à fait en dehors des principes juridiques, nous croyons au contraire que c'est le droit sur le prix qui est à tort considéré comme l'effet d'un droit réel.

B). Nous voudrions faire remarquer ici les analogies frappantes entre les développements juridiques qui se sont produits pendant ce siècle en France, au sujet du droit à l'indemnité d'assurance et ceux qui existèrent à Rome à propos du droit sur le prix.

Le droit romain primitif avait créé une sorte de garantie réelle en concédant une servitude de possession au créancier. Cette première notion de l'hypothèque excluait tout droit sur le prix, de même qu'en France l'idée hypothécaire admise par le Code ne comportait aucune prérogative sur les indemnités qui représentaient l'immeuble endommagé dans le patrimoine du débiteur. Mais dans les deux pays, des conventions nouvelles se formèrent, les Romains virent combien il était com-

mode pour le créancier de se payer sur le prix ; les Français, combien il était utile de mettre la garantie réelle à l'abri de tous les dangers qui menacent la propriété. Et les deux peuples, pour arriver à ce résultat, se servirent du même moyen juridique, la cession de créances, qu'ils ajoutaient généralement au pacte hypothécaire en qualité de clause accessoire. Ces conventions devinrent si fréquentes que la pratique les rangea parmi les clauses de style, et on ne vit plus à Rome un seul pacte d'hypothèque sans cession de la créance du prix, de même que chez nous tout contrat de prêt sur hypothèque contenait une cession de l'indemnité d'assurance contre l'incendie. Enfin, on fit un progrès nouveau. Les grands jurisconsultes romains, dont l'opinion avait force de loi, décidèrent que toute clause de style se sous-entendait, et les constitutions impériales enchérissant encore, décrétèrent que la cession de la créance du prix dans l'hypothèque était d'ordre public, que la clause contraire n'aurait pas d'effet ou du moins ne servirait qu'à donner un délai de grâce au débiteur. La même réforme a été accomplie en France par la loi du 19 février 1889. Désormais, la cession de l'indemnité est légale, et on ne peut convenir contrairement à la loi que l'attribution privilégiée n'aura pas lieu en faveur du créancier hypothécaire.

Il y a donc une ressemblance étonnante dans les développements de ces réformes, qui cependant se sont produites à quinze siècles de distance l'une de l'autre.

L'analogie va plus loin encore. Nous avons décidé qu'en droit romain, comme en droit français, les droits du créancier sur le prix ou sur l'indemnité étaient ceux d'un cessionnaire. Et cependant, dans les deux législations, nous avons trouvé de grandes difficultés pour établir cette qualité. C'est qu'en effet, dans les deux pays, cette cession est toute spéciale si bien qu'on la décore d'un nom particulier *pignus nominis* à Rome, *attribution privilégiée* en France, expressions qui par elles-mêmes n'ont aucun sens.

Il suffit, pour voir éclater la ressemblance des droits des créanciers, de mettre en parallèle les règles que nous avons développées dans notre première partie avec celles de la loi de 1889. Dans les deux cas les créanciers sont des cessionnaires d'un genre particulier. Et ce qui les caractérise, c'est qu'ils sont dispensés de la formalité qui doit rendre leur cession opposable aux tiers, la notification au débiteur du prix ou de l'indemnité. Dans les deux cas, ils ne sont soumis qu'à une obligation : se faire connaître, et s'ils sont négligents à cet égard, les paiements faits de bonne foi libèreront le débiteur.

Cependant, il y a une différence à noter. Les mêmes rôles ne sont pas tenus par les mêmes personnes. En France, c'est le débiteur qui est le maître du contrat d'assurance et peut faire à son égard tout compromis ou transaction, c'est lui qui accepte le taux de l'indemnité, et les créanciers n'ont à intervenir qu'au moment où la créance cédée est fixée sous tous rapports. Notre droit,

qui a le plus grand respect des prérogatives du propriétaire, n'a pas voulu qu'un tiers peu intéressé à ménager les intérêts du débiteur intervienne dans les conséquences d'un contrat auquel il est étranger.

A Rome, telle était la situation de la plupart des créanciers, mais il y en avait un privilégié, le premier en date, qui jouait à la fois le rôle du débiteur et celui de l'assureur. Il avait le droit de vendre, il était par conséquent maître absolu du contrat qui faisait naître la créance cédée. Il fixait à son gré le montant du prix, il choisissait l'époque et les conditions de la vente, et ces droits nous paraîtraient exorbitants, si nous ne savions que ce créancier tenu de s'abstenir de toute manœuvre frauduleuse, faisait généralement vendre le bien aux enchères, pour éviter tout reproche à cet égard. Jusqu'ici il remplit le rôle que joue chez nous le débiteur. Il fait naître la créance, et en fixe le montant. Contrairement à notre droit, ce créancier touchera tous les deniers et prenant ici le rôle de l'assureur il est chargé de leur distribution, laquelle est faite comme en France suivant le rang des hypothèques.

Ces divergences s'expliquent par les principes différents du contrat d'assurance et de la vente, et par les règles particulières du régime hypothécaire à Rome.

Il n'en reste pas moins cette constatation très intéressante que l'histoire du droit sur le prix à Rome est identique à celle de l'attribution de l'indemnité d'assurance en France, et que les créanciers ont eu dans les deux

cas un droit de même nature, un droit de cession jouissant aux deux époques de la même particularité, la dispense de notification au débiteur.

Enfin, pour noter une dernière ressemblance, disons que les jurisconsultes à Rome ont hésité sur la nature de ce droit, en sorte que l'attribution du prix a fini par être regardée comme un effet du droit réel d'hypothèque. En France, la même évolution se fait jour déjà, et malgré les progrès de la science juridique, il s'est trouvé des auteurs pour soutenir que l'attribution de l'indemnité peut être considérée comme résultant de la notion hypothécaire actuelle.

§ III. — *Critique de la loi.*

On se plaint beaucoup en France de la manière dont sont faites nos lois. Par une bizarrerie qu'il est assez facile d'expliquer, plus la science juridique se répand, plus les œuvres législatives sont défectueuses. En effet, notre droit constitutionnel a donné à tous les membres du Sénat et de la Chambre des députés le droit de présenter des amendements aux projets de lois.

Or, beaucoup de représentants du peuple sont des jurisconsultes éclairés, et quand une loi civile est présentée à leur approbation, ils s'efforcent d'en compléter les dispositions.

Par malheur, les remaniements trop nombreux sont funestes. Il y a un grand intérêt à ce qu'une loi soit

l'œuvre d'un très petit nombre d'hommes, et même d'un seul s'il était possible. Car, si le concours de nombreux savants permet d'ajouter quelques dispositions utiles en pratique, il fausse en général l'esprit de la loi, on ne retrouve pas dans le texte l'idée-mère qui a guidé le rédacteur, et l'œuvre n'est plus qu'une série de dispositions échelonnées un peu au hasard dans une suite d'articles. On est fort étonné de retrouver dans le même paragraphe les solutions de questions à peine connexes, et le commentateur qui cherche à faire entrer la loi nouvelle dans le cadre théorique de notre droit ne sait pas où il doit la placer. Ce défaut a des conséquences pratiques énormes, car une loi ne peut fixer que les solutions des questions les plus générales et ne vise jamais les hypothèses compliquées. Pour trancher celles-ci, qui sont les plus nombreuses, le juge doit recourir à défaut de texte à la théorie générale de l'institution ; et quel n'est pas son embarras s'il est impossible de déterminer d'une manière certaine l'institution dont il faut se rapprocher ?

Aussi, voyons-nous que la plupart de nos réformes en matière civile ne peuvent aboutir, et les quelques lois votées dans ces dernières années font l'objet des plus vives critiques. La réforme hypothécaire traîne depuis un demi siècle, les lois les plus urgentes mettent des vingt ans à aboutir, et aussitôt qu'elles sont votées on en demande l'abrogation.

Pour nous en tenir à l'année 1889, il suffit de citer la

loi du 15 février 1889 sur l'hypothèque légale de la femme, dont l'obscurité donne lieu à des interprétations différentes, à des jurisprudences contraires et qui apporte des dérogations pour ainsi dire inconscientes aux principes de nos lois civiles » (1), celle du 9 juillet 1889 portant abolition de la vaine pâture qu'on fut obligé de rétablir l'année suivante, la loi du 4 mars 1889, sur la liquidation judiciaire dont on a déjà demandé la réformation, enfin, la loi militaire du 15 juillet 1889 dont tous les jeunes gens ont pu apprécier les incertitudes et les inconvénients.

La loi du 19 février qui nous occupe n'est pas meilleure que les précédentes. Elle a été accueillie par les plus vives critiques, et son application a démontré qu'elles n'étaient que trop fondées.

Peu de temps après sa promulgation, M. Malapert, dans un article du journal *Le Droit*, du 28 juin 1889, allait jusqu'à en demander l'abrogation, il la considère comme dangereuse pour l'épargne, pour le crédit public et les finances de l'Etat. Il conclut, en disant : « Il est de salut public qu'elle soit abrogée et le plus vite sera le mieux. »

Le savant auteur du traité sur la cession des créances, M. Huc est presque aussi sévère à son égard. Il l'accuse de déroger sans nécessité aux prescriptions de l'article 1690, dans le but d'accomplir une réforme protec-

(1) Schaffhauser, *lois nouvelles*, 1889, I, p. 126.

trice dont les créanciers diligents n'ont aucun besoin.

M. Gauvin dit à son tour : « Nous ne connaissons rien de plus étonnant dans ses conséquences que cette loi du 19 février 1889, on peut affirmer que dans le plus grand nombre des cas, aucun chef de contentieux ne pourrait dire quelles formalités il faudrait remplir, quelles justifications il conviendrait d'exiger pour qu'une Compagnie arrivât à découvrir les véritables ayants droit à l'indemnité d'un sinistre et put valablement se libérer.

Jusqu'ici, les Compagnies d'assurances avaient à honneur de remplir promptement leurs engagements vis-à-vis des assurés sinistrés qui pouvaient ainsi en peu de jours réparer leurs désastres, réédifier notamment l'usine incendiée et procurer du travail à leurs ouvriers : mais avec la loi de 1889 telle qu'elle est libellée, il n'en pouvait plus être ainsi. En effet, pour se conformer aux dispositions de cette loi que seule la jurisprudence rendra peut-être praticable, pour s'épargner dans la mesure du possible l'inconvénient de payer plusieurs fois l'indemnité, les Compagnies se verront obligées d'exiger de leurs assurés sinistrés des formalités et justifications longues et coûteuses, beaucoup plus compliquées que celles exigées par les administrations de l'Etat qu'on trouve déjà bien difficileuses ou dans les administrations des chemins de fer ou dans les établissements de crédit, car la situation actuellement faite aux Compagnies d'assurances est autrement grave et périlleuse pour elle que celle de ces administrations ou établisse-

ments (1). » M. de Corny conclut son étude sur cette loi en disant : « Elle est mauvaise et mal rédigée, elle constitue un péril pour tout le monde (2). »

Il est en effet impossible de nier les graves défauts de la loi. Nous les avons déjà fait remarquer.

Au point de vue de la forme, outre son titre inexact, elle contient des dispositions absolument disparates. La restriction du privilège du bailleur n'a rien à voir avec les indemnités d'assurances, et la disposition du § 2, de l'article 3, traite d'une difficulté qu'il aurait fallu mettre à part.

Quant au fond, les inconvénients qu'elle présente sont si nombreux qu'il serait difficile de les mentionner tous.

Son défaut principal est de l'avis de tous, de ne pas préciser davantage les dispositions exceptionnelles qu'elle édicte, et de faire naître ainsi de graves difficultés d'interprétation. Elle s'est contentée de poser un principe nouveau sans prévoir les difficultés presque insurmontables qui en découleraient.

C'est là un vice capital pour une loi, mais nous sommes d'avis qu'il ne faut pas se montrer trop sévère pour le législateur, car il était en présence d'un écueil inévitable. Il a voulu sanctionner par une loi le droit privilégié du débiteur hypothécaire sur l'indemnité d'assurance. Or, nous l'avons dit et répété, ce droit tout équitable qu'il est,

(1) Gauvin. *Prof. de ref. Assur. contre l'incendie*, p. 4.

(2) Cf. de Corny. *Loc. cit. appendice*, p. 16.

heurte de front la notion de l'hypothèque. Le législateur s'est contenté de le poser en principe, il n'a pas entrepris de le justifier légalement, parce qu'il aurait été conduit à nier les bases fondamentales du système hypothécaire. Il n'a pas dit : le droit sur l'indemnité est un droit de cession, parce que ce n'était pas rigoureusement vrai, pas plus qu'il n'a avancé que cette indemnité d'assurance représenterait l'immeuble, rentrerait dans l'objet du droit de préférence, parce que tous les jurisconsultes avaient écrit le contraire avec de justes raisons.

C'est une règle de simple équité, un principe purement utilitaire que la loi de 1889 a sanctionné en attribuant aux créanciers l'indemnité d'assurance ; il ne faut pas lui reprocher de ne pas l'avoir précisé ni justifié, cela était impossible. Ce soin est laissé à la jurisprudence, il n'est pas probable qu'elle parvienne à une saine interprétation juridique, mais ce ne sera pas la première fois qu'elle admettra des théories fausses pour justifier en droit des arrêts équitables.

Il est d'autres fautes graves et celles-là le législateur aurait pu les éviter. Il n'a pas indiqué la procédure à suivre pour le paiement de l'indemnité dont il prononce l'attribution au profit de certaines personnes.

Les Compagnies d'assurances se trouvent dans un grand embarras lorsqu'il s'agit de payer l'indemnité. Elles n'ont jamais eu d'intérêt à payer vite, surtout à payer sans décharge complète. Elles s'entouraient de toutes les précautions nécessaires. Aujourd'hui, dans la crainte d'être

obligées de payer deux fois, elles exigent de leurs assurés sinistrés des formalités nombreuses, ou même refusent tout paiement. Ces conséquences peuvent être désastreuses, et la loi met en péril toutes les combinaisons d'assurances si avantageuses et dont les opérations atteignaient, en France, des sommes fabuleuses. « Le législateur n'a pas compris, dit M. Malapert, le trouble que sa résolution nouvelle allait jeter dans le monde des affaires. La perturbation sera profonde (1). »

Heureusement, la jurisprudence semble devoir apporter un remède à ce mal considérable. Elle paraît se généraliser de plus en plus, en ce sens que tout paiement fait par la Compagnie d'assurance est valable pourvu qu'elle ait tenu compte des oppositions qui lui ont été remises (2). Elle n'a donc pas à s'enquérir s'il y a d'autres créanciers, elle ne peut non plus exiger du débiteur la preuve qu'il n'existe aucun créancier privilégié ou hypothécaire sur le bien sinistré. Cette interprétation de la loi est nécessaire, malheureusement, quelques tribunaux ne l'ont pas admise, et même si la Compagnie a payé dans ces conditions, elle peut toujours voir mettre en avant la question de sa bonne foi.

La loi de 1889 avait encore pour but de remédier aux inconvénients du transport-cession. A ce point de vue, encore, elle n'a pas répondu aux espérances qu'elle per-

(1) Malapert, *loc. cit.*

(2) Cf. en ce sens les jugements déjà citées des Tribunaux de Vienne et de Paris.

mettait de concevoir. Un des principaux désavantages de la cession était de laisser les créanciers hypothécaires ou privilégiés à la merci du débiteur assuré, qui par caprice ou mauvaise foi, pouvait agir de telle manière que l'indemnité ne soit pas due pour une raison ou pour une autre. La loi, en attribuant aux créanciers l'indemnité due au débiteur, ne leur donne pas le droit de surveiller le règlement des sommes dues, de faire les déclarations exigées, de prévenir et d'empêcher, autant que possible, les causes de déchéance. Cela présente pour eux un grand intérêt.

« Il est certain, dit M. Escorbiac, que l'assuré qui sera obéré et saura qu'il ne touchera pas l'indemnité, fera rarement le nécessaire pour se mettre en règle ; il encourra des déchéances, et ses créanciers en seront victimes. Lui seul a qualité pour agir dans les délais, et possibilité de le faire ; car, si d'après l'article 1166 du Code civil, les créanciers peuvent exercer ses droits et actions, avant d'être certains que leur débiteur n'aura pas fait le nécessaire, avant d'avoir les moyens de prouver sa négligence, les déclarations à faire pour avoir une indemnité doivent l'être si rapidement, que jamais les créanciers n'arriveront à temps (1). »

La loi nouvelle n'a pas seulement conservé ces inconvénients, elle en a ajouté d'autres qui ne sont pas moins regrettables.

(1) Escorbiac. *loc. cit.*

Ainsi l'indemnité est attribuée d'après le rang du privilège ou de l'hypothèque, la collocation y est attachée de telle sorte que si par une raison quelconque le créancier perd son privilège ou son hypothèque, il n'a plus de rang et il perd en même temps le bénéfice de l'attribution que lui avait été faite du droit à l'indemnité.

« Il est manifeste, dit M. Huc, qu'un tel résultat n'est entré ni dans les prévisions, ni dans la volonté des rédacteurs de la loi nouvelle ; mais il est la conséquence forcée de la formule qu'ils ont employée. »

Pour éviter ce résultat, les créanciers hypothécaires ont intérêt à continuer d'insérer dans leur contrat une cession consensuelle de l'indemnité et d'accomplir les formalités prescrites par l'article 1690, plutôt que d'être colloqué en vertu de l'attribution légale demeurant subordonnée à la conservation du rang privilégié ou hypothécaire.

Le seul résultat louable de la loi du 19 février 1889 a été d'abolir cet effet qu'avait la cession de donner la priorité dans la collocation au créancier qui le premier fait une signification à l'assureur, et nullement au premier créancier inscrit, de sorte que le rang du créancier privilégié n'était nullement à l'abri du créancier chirographaire plus diligent. La loi a attaché la préférence pour la distribution de l'indemnité au rang même de l'hypothèque et cela est conforme à l'intérêt du crédit hypothécaire et du propriétaire de l'immeuble.

En faisant une pareille réforme, la loi a singulière-

ment rapproché l'un de l'autre le droit sur le prix et le droit à l'indemnité. Elle a accompli ce rapprochement d'une façon très indécise par ce qu'il est contraire aux principes de notre droit. Nous avons étudié dans ce travail la loi de 1889 ainsi que le cas de survie du droit de préférence hypothécaire pour montrer justement combien ce dernier se comporte peu suivant la théorie donnée par le Code. Vivant indépendant du droit de suite, il se comporte comme un vrai droit résultant d'une cession légale, si bien que la loi de 1889 a pu sans difficultés lui assimiler un droit provenant d'une vraie cession de créances.

Puisque les droits au prix et à l'indemnité sont si rapprochés l'un de l'autre, nous nous demanderons dans notre conclusion s'il ne serait pas logique de leur reconnaître la même nature et s'il faut les faire résulter tous deux d'une cession de créances ou en faire l'objet du droit de préférence.

Nous avons rappelé dans ce chapitre les difficultés soulevées par la loi de 1889, nous n'en avons pas fait une étude très approfondie parce que tel n'était pas notre but. Il nous a suffi de les indiquer pour laisser voir que la cause intime des graves imperfections de la loi étaient au dehors d'elle. Elle est la preuve sensible d'un développement juridique nouveau, que la notion hypothécaire transmise par l'ancien droit ne peut contenir, et sans être grand prophète, on peut prévoir que le principe nouveau brisera le moule ancien.

Pour le moment, personne n'est satisfait, et une loi si récente a fait l'objet de nombreuses propositions de réforme. Nous les citons à titre de simples renseignements.

M. Royer, député de l'Aube, a déposé le 8 mai 1891 une proposition de loi tendant à modifier la loi du 19 mai 1891, et un rapport sommaire sur cette question a été remis le 18 juin 1891 sur le bureau de la Chambre qui a décidé la prise en considération le 21 octobre de la même année (3).

Ce projet ne vise pas tous les défauts de la loi ; mais il explique et commente à merveille le § 2 de l'article 2, qui a vait soulevé les plus grandes difficultés en pratique. Il indique clairement la façon dont les créanciers seront prévenus du sinistre par l'assureur dispose que celui-ci devra les avertir par lettres recommandées, après avoir pris leurs noms sur un état hypothécaire requis à cet effet. Il déclare les frais faits par l'assureur privilégiés, et l'autorise à consigner l'indemnité à la caisse des dépôts sans offres réelles préalables, si les créanciers ne se sont pas entendus et n'ont pas réglé leurs droits respectifs.

Toutes les autres parties de la loi sont mises de côté, et cependant nous avons montré combien elles sont défectueuses et auraient besoin d'être réformées.

M. Gauvin, qui est à la tête d'une des plus importantes Compagnies d'assurance contre l'incendie, a émis un

(1) Voy. *le Jour*, *Officiel de ces jours indiqués*. Chambres ann.

projet de réforme qu'il est bon de signaler à deux points de vue.

Il propose d'abord d'inscrire dans la loi que l'indemnité est attribuée sans délégation expresse aux créanciers hypothécaires et privilégiés, *en représentation de la chose détruite ou endommagée qui leur servait de gage*. Ainsi l'indemnité serait subrogée à l'immeuble au même titre que le prix. Elle ferait comme lui partie de l'objet du droit de préférence. Pour accepter cette solution, il faudrait encore élargir la notion hypothécaire, d'autant plus que l'indemnité d'assurances n'est pas la seule qu'on attribue d'une manière spéciale aux créanciers privilégiés ; le projet porte, (et c'est encore pour cela qu'on doit le signaler) *que toute indemnité due par des tiers à raison de la perte ou de la détérioration de l'objet grevé* est également attribuée aux créanciers suivant les mêmes règles.

Ainsi non seulement les indemnités prévues par la loi de 1889, mais toutes celles qui résultent de l'article 1382 seraient distribuées par préférence suivant l'ordre des hypothèques. Certains auteurs vont plus loin encore, et décident que chaque fois qu'un bien est détruit ou sort du patrimoine du débiteur par une cause naturelle, telle qu'un dommage matériel, ou par une cause juridique comme l'exercice d'un droit de réméré, l'arrivée d'une condition résolutoire ; si le privilège ou l'hypothèque ne peut être conservé sur ce bien, il s'exercera sur toute indemnité que le remplace dans le même patrimoine.

Cette solution a de nombreux partisans. Nous allons voir dans notre conclusion si elle est de nature à trancher les difficultés que nous avons rencontrées et à jeter un peu de lumière sur la notion de l'hypothèque.

RÉSUMÉ ET CONCLUSION

Au cours de cette étude nous avons été obligés d'étudier des questions très diverses et souvent bien délicates. Nous nous sommes efforcés de donner rapidement les détails indispensables sur chacune d'elles, afin de ne pas gêner la marche de la démonstration que nous avons tentée. Cependant nous avons dû entrer dans des discussions assez longues, et il nous paraît utile de rappeler avant de conclure les points principaux que nous avons tâché d'établir.

Frappé des inconséquences que présentent certaines règles relatives à l'hypothèque avec la notion même de ce droit qui nous est donnée par le Code civil, nous avons voulu rechercher la cause de cette imperfection de nos lois. Elle nous a paru résider dans la théorie du droit de préférence, et tout particulièrement dans l'objet que l'on assigne à cet élément de l'hypothèque. Nous nous sommes alors demandé si cet objet avait toujours été le même depuis le droit Romain, et nous avons vu que la notion hypothécaire avait subi depuis ces siècles reculés jus-

qu'à nos jours de nombreux et de profonds changements.

L'hypothèque apparaît à Rome sous la forme d'un droit à la possession, et les jurisconsultes se plaisent à la comparer à l'usufruit. Elle est un droit réel dans le sens romain du mot, c'est-à-dire un droit qui ne s'exerce que sur la chose même. Le droit de préférence et le droit de suite, ses éléments ont le même objet, la possession du bien engagé.

Elle n'emporte par elle-même aucun droit sur le prix, elle ne permet pas au créancier de réaliser son gage, et lorsque celui-ci est nanti, il doit attendre que la gêne causée à son débiteur le détermine à payer sa dette. Cependant les Romains n'ont pas tardé à donner aux créanciers hypothécaires un droit sur le prix du bien engagé. Ils y sont parvenus par un moyen détourné, et n'ont jamais songé à tirer un mode de paiement direct du droit d'hypothèque.

Les renseignements, assez incomplets d'ailleurs, qui nous sont parvenus sur la genèse du droit sur le prix nous permettent de penser que le *jus distrahendi* a été créé au moyen du mandat fait dans l'intérêt du mandataire, la *procuratio in rem suam*. Ce mandat donnait au créancier un pouvoir irrévocable de vendre le bien engagé s'il n'était pas payé à l'échéance. Mais à la différence de la cession des créances proprement dite, il ne contenait probable-

ment pas de dispense de rendre compte, en sorte que le débiteur pouvait réclamer par l'action *pigneratitia directa* le prix qu'avait touché le vendeur ; mais celui-ci avait toujours un moyen de conserver le montant de sa créance, peut-être une exception spéciale, en tous cas la compensation.

Quand il y avait plusieurs créanciers hypothécaires sur le même bien, on leur accordait théoriquement les mêmes droits, mais la vente consentie par le premier en date était seule opposable à tous. Les créanciers postérieurs pouvaient seulement intenter l'*A. pigneratitia directa* de préférence au débiteur pour réclamer le *superfluum*, et le vendeur leur distribuait le surplus du prix, sous la direction du magistrat et dans l'ordre de leur hypothèque sur la chose.

D'après cette analyse du *jus distrahendi*, on ne peut qu'y voir une cession de créance faite dans les conditions normales d'après lesquelles cette institution s'est développée à Rome. Cependant le but particulier qu'on poursuivait ici lui fit donner un nom spécial : On considéra cette cession faite non plus à titre de vente ou de donation mais à titre de garantie comme une opération *sui generis*, se rapprochant de l'hypothèque, on l'appela *pignus nominis*. Elle fonctionnait soit seule, lorsque le débiteur avait engagé une créance déjà née, soit accompagnée d'une hypothèque sur une chose corporelle au sujet de laquelle l'engagiste pouvait faire naître une créance

qui lui était cédée à l'avance. On peut donc dire qu'à Rome, toute hypothèque sur un bien meuble ou immeuble, mais corporel, comprend un engagement de la créance éventuelle du prix, qui est une cession de cette créance, à titre de garantie.

Quant à la question de savoir si le *pignus nominis*, la cession en garantie, conférait un droit réel, les Romains ne l'ont pas tranchée puisqu'ils n'ont pas connu cette division générale des droits, et si nous voulons la résoudre d'après les principes de notre législation, nous dirons que les cessionnaires successifs d'une créance n'ont qu'un droit personnel. Cependant, s'ils remplissent les formalités prescrites par la loi, ils sont payés par préférence les uns aux autres, comme les créanciers hypothécaires à Rome. En tous cas, l'*A. pigneratitia directa* dont on se servait pour réclamer la collocation sur le prix était une action *in personam*.

Le *jus distrahendi* concédé à l'origine dans un pacte particulier le fut dans la suite dans une clause habituelle de la convention hypothécaire. Cette clause devint de style et donnait un avantage si précieux qu'on finit par en défendre la prohibition. Dès lors le pacte hypothécaire produisit deux droits dont la distinction était devenue difficile : un droit réel de possession sur le bien engagé, un droit personnel de cession sur la créance éventuelle du prix ; le droit de préférence hypothécaire portait toujours sur la pos-

session de la chose, et le prix était tout à fait en dehors de son objet.

Notre très ancien droit a compris d'une façon toute différente la sûreté réelle. Le vieux droit germanique, et après lui le droit féodal, défendaient pour des motifs sociaux l'exécution des immeubles du débiteur. Celle-ci apparut dès lors comme une garantie privilégiée et les rares créanciers qui l'avaient obtenue étaient assurés du paiement de leurs créances. L'insaisissabilité des immeubles ne devait pas durer longtemps, et après avoir essayé divers subterfuges, telle que l'attribution des fruits, l'engagement pendant trois ou douze ans, on finit par admettre cette exécution forcée, surtout lorsque le débiteur y avait consenti à l'avance en obligeant ses immeubles en général ou tel et tel en particulier. Ainsi tous les créanciers obtinrent des droits sur les héritages de leurs débiteurs, mais par une conséquence facile à comprendre, cette exécution privilégiée cessa d'être une garantie le jour où on l'accorda à tout le monde. Les efforts des jurisconsultes tendirent dès lors à protéger ce droit contre tous ceux qui pouvaient le diminuer : les tiers et les créanciers postérieurs.

On contesta d'abord les aliénations faites au détriment des créanciers auxquels le bien était obligé, et l'on réclama pour les engagistes de tel bien en particulier le droit d'être payés sur la valeur même de ce bien à l'exclusion des autres créanciers.

Nous avons montré que ces prérogatives n'étaient pas encore le droit de suite et le droit de préférence. Mais le ^{xiv}^e siècle tira des textes du Digeste une théorie des droits réels qui n'avait jamais existé chez les Romains, et qui est même en contradiction avec certains principes de la législation de ce grand peuple. On y fit entrer l'*obligatio bonorum*, et on enseigna que le paiement par préférence était réclamé *in rem* à tout détenteur de l'immeuble engagé que l'on suivait aux mains des tiers. A cette époque, l'objet des deux éléments de l'hypothèque est le paiement. Mais cette théorie tendait à confondre les droits du simple créancier et ceux du titulaire d'une hypothèque parce que celle-ci résulte d'un simple engagement du bien, et que toute obligation de l'homme emporte engagement de son patrimoine. Pour éviter cette conséquence extraordinaire mais logique du système, les grands jurisconsultes du ^{xvi}^e siècle, Loyseau en particulier, élaborèrent une nouvelle théorie de l'hypothèque, qu'ils croyaient être exactement celle du droit de Justinien. Et en effet si l'on remarque que dans le Bas-Empire, le pacte générateur du *jus distrahendi* était toujours sous-entendu, on comprend l'erreur dans laquelle tombèrent nos vieux auteurs en croyant que le prix était distribué par préférence en vertu du droit réel d'hypothèque. Pour eux, cette institution eût deux objets, l'immeuble que l'on suivait en quelques mains qu'il se trouve et le

prix qu'on obtenait par préférence. Les droits de suite et de préférence se trouvèrent séparés par leur différence d'objet. On expliqua cette anomalie en disant que le prix et l'immeuble étaient un seul et même objet, qu'ils étaient subrogés l'un à l'autre parce que le premier était produit par le second.

Les droits de suite et de préférence ne furent pas séparés seulement par leur objet; ils eurent aussi des conditions d'exercice très différentes, en sorte que le droit de préférence exista seul en beaucoup de cas, et que dans l'hypothèque il survécut souvent au droit de suite. A ce point de vue les éléments de l'hypothèque se comportaient comme deux droits absolument distincts, et sans aucun lien juridique. On ne trouve pas dans les auteurs du *xviii^e* siècle d'explication nette de cette dernière particularité, et ils paraissent très divisés sur la question de savoir quelle est la nature de l'hypothèque dépouillée du droit de suite.

A la fin de notre ancien droit, on enseignait toujours que l'hypothèque est un droit réel unique portant sur les immeubles affectés à une obligation, mais la différence d'objet de ses éléments était mal justifiée par la théorie arbitraire de la subrogation, et leur indépendance au point de vue des conditions d'exercice ne s'expliquait pas du tout.

Le droit intermédiaire et le Code civil ont introduit de grands changements dans le régime hypothé-

caire mais ils ont conservé la notion léguée par l'ancien droit. Depuis la confection du Code, les défauts que présentait déjà cette notion de l'hypothèque se sont singulièrement aggravés.

D'une part, on a considéré les éléments de l'hypothèque comme tout à fait distincts et indépendants l'un de l'autre, de sorte que les solutions de jurisprudence qui ont été dictées par un sentiment d'équité sont, sur quelques points dont nous avons cité des exemples, en contradiction avec les principes du Code civil. Comme les tribunaux ne sont pas d'accord sur l'étendue qu'il faut donner à ces dérogations, il en résulte un trouble sérieux dans la pratique.

D'autre part, la théorie de la subrogation de ce qui est produit par le bien à l'immeuble même s'est trouvée insuffisante pour permettre l'attribution aux créanciers hypothécaires de certaines indemnités relatives à l'immeuble engagé. Pour parer à cet inconvénient, les créanciers se faisaient céder ces indemnités à l'avance, comme autrefois les Romains se faisaient consentir la cession du prix, et nous avons vu combien les deux situations présentaient de ressemblances, surtout depuis la loi du 19 février 1889.

Ce développement historique nous a montré que l'attribution privilégiée du prix n'a pas toujours été faite en vertu du droit de préférence élément de l'hypothèque, et que cette conception est entrée dans notre droit par suite d'une fausse interprétation du

droit Romain. Il nous a fait voir aussi l'obscurité que cette notion apporte dans la théorie de l'hypothèque et les conséquences injustes qu'elle entraîne.

Il serait donc à souhaiter que la réforme hypothécaire préparée avec tant de soins depuis de longues années vint apporter un remède à ces troubles juridiques et fixer une théorie de l'hypothèque plus logique, et dont les conséquences pratiques soient équitables.

On s'est occupé de cette question à propos des difficultés soulevées par la loi du 19 février 1889, et quelques jurisconsultes ont proposé de faire entrer les indemnités prévues par cette loi, et celles qu'il serait bon d'y ajouter dans l'objet du droit de préférence. Cette réforme complèterait pour ces indemnités l'évolution qu'a suivie le droit sur le prix, et il faudrait dire que la subrogation s'étend non-seulement au prix de l'immeuble mais encore à toute indemnité qui le remplace dans le patrimoine du débiteur. Cette solution a quelque chance d'être admise. Elle paraît en effet convenir au législateur, qui, dans la loi de 1889, a cherché à assimiler le plus possible l'indemnité au prix ; et le projet de réforme de cette loi, élaboré par M. Gauvin, porte en toutes lettres que l'indemnité est attribuée au créancier privilégié *en représentation de la chose détruite*.

Il nous paraît qu'un pareil remède serait pire que le mal. Ses promoteurs ne se sont préoccupés que d'une

chose, attribuer à n'importe quel titre les indemnités relatives à l'immeuble aux créanciers privilégiés ou hypothécaires. Ce but est très louable ; il est nécessaire de l'atteindre ou plus tôt, mais il faut autant que possible sauvegarder les principes juridiques dont la violation a les pires conséquences.

La subrogation de toute indemnité à l'immeuble est tout à fait fantaisiste. Cette fiction qui permet d'attribuer à un bien les charges où les qualités d'un autre bien n'est supportable que si on la restreint dans d'étroites limites. Il est puéril de vouloir l'étendre à des indemnités qui viendront bien prendre la place de l'immeuble engagé, mais dont la cause lui sera tout à fait étrangère.

Ce système aurait un inconvénient plus grave encore. Si l'on considérait les indemnités comme faisant l'objet du droit de préférence, l'hypothèque deviendrait l'institution juridique la plus bizarre. En effet, elle porte sur un immeuble, et un de ses éléments constitutifs, le droit de préférence, qui se présente à notre esprit comme si essentiel qu'on ne peut le séparer de l'hypothèque, s'exercerait sur des valeurs tout à fait étrangères, après que le droit d'hypothèque aurait disparu.

On pourrait objecter que ces inconvénients sont purement théoriques. C'est là une profonde erreur. Quand une législation contient des principes contradictoires tels que celui de l'unité du droit hypothé-

caire et celui de l'indépendance des droits de suite et de préférence, il en résulte forcément dans la pratique les troubles les plus regrettables. Nous en avons signalés quelques-uns au cours de cette étude. Si on aggravait les anomalies au lieu de les restreindre, notre système hypothécaire déjà si défectueux ne donnerait aucune sûreté au crédit public.

Faut-il donc renoncer à accorder aux créanciers la collocation privilégiée qu'ils réclament depuis longtemps sur les indemnités relatives à l'immeuble engagé ?

Nous n'avons garde de le penser, mais nous croyons qu'il serait très utile de dégager complètement le droit réel d'hypothèque du droit sur le prix et les indemnités. On devrait dire : L'hypothèque est un droit réel qui permet de saisir en toutes mains l'immeuble engagé spécialement à un créancier. On reviendrait ainsi à la notion romaine. Une véritable servitude pèserait sur l'immeuble et ses deux éléments, le droit de suite et de préférence, s'exerceraient dans les mêmes conditions sur un objet unique, l'immeuble engagé.

La convention hypothécaire emporterait cession légale dans l'ordre des inscriptions des créances du prix et de toutes indemnités remplaçant le bien dans le patrimoine du débiteur.

Nous nous contenterons d'indiquer cette solution, dont les avantages ont été constamment mis en lu-

mière au cours de cette étude. Nous ne prétendons nullement qu'elle soit la seule qui puisse être admise mais nous n'en rechercherons pas d'autre, car le but de ce travail est seulement de faire une critique historique du développement de la notion de l'hypothèque ; et nous estimons qu'il serait téméraire de notre part, de développer des projets nouveaux sur la réforme hypothécaire après tant de jurisconsultes des plus éminents. Nous avons voulu montrer que les principes sur lesquels on assied toute une partie de notre législation étaient le résultat de beaucoup d'erreurs et de règles imposées par la nécessité. Il est imprudent de les accepter sans discussion et de les regarder comme intangibles, parce qu'ils deviennent la source de confusions inextricables ; et pour empêcher leurs conséquences injustes on doit recourir à tout un système de lois secondaires qui nuisent à la clarté de la législation.

Vu :

Le Président,

A ESMEIN.

Vu :

Par le Doyen,

GARSONNET.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
PRÉFACE. — Position du sujet.	1

PREMIÈRE PARTIE

Evolution de l'objet du droit de préférence de l'hypothèse romaine.

CHAPITRE I. — Les origines	11
Section I. — Développement des sûretés réelles	11
§ 1. — <i>Premiers modes de garantie</i>	14
§ 2. — <i>Naissance de l'hypothèque.</i>	17
§ 3. — <i>Notion sur le droit de préférence et son objet</i> . .	19
Section II. — L'objet du droit de profession de l'hypo- thèse romaine	27
§ 1. — <i>La possession fait partie de cet objet</i>	28
§ 2. — <i>Elle constitue tout cet objet</i>	30
CHAPITRE II. — Développement et explication juridique du <i>jus distrahendi</i>	38
Section I. — Développement du <i>jus distrahendi.</i> . . .	39
§ 1. — <i>Divers moyens employés pour donner au créancier le droit de se payer sur la valeur de la chose</i>	40
§ 2. — <i>Du droit de vendre</i>	42
A). <i>Nature de ce droit</i>	44
B). <i>Le pacte de vente se sous-entend</i>	49

Section II. — Explication du droit du créancier d'être payé par préférence sur le prix. . . .	52
§ 1. — <i>Nature du droit du créancier sur le prix</i>	54
A). Analyse de la procuration sans secours .	54
B). Analyse du droit de vente du créancier et identité de nature de ces deux droits. .	62
§ 2. — <i>Droits des créanciers postérieurs.</i>	72
RÉSUMÉ	80

DEUXIÈME PARTIE

L'objet du droit de préférence hypothécaire dans notre ancien droit.

CHAPITRE I. — Les origines de l'hypothèque en France. . .	85
Section I. — L'exécution des immeubles dans l'ancien droit français	87
Section II. — L'obligatio bonorum.	97
CHAPITRE II. — Théorie du droit sur le prix du bien hypothéqué dans notre ancien droit	121
Section I. — Théorie de l'obligation réelle	121
Section II. — Le droit au délaissement.	132
Section III. — Indépendance des droits de suite et de préférence	141
Section IV. — La théorie de l'objet du droit de préférence dans le droit intermédiaire et le Code civil	153

TROISIÈME PARTIE

Critique de la théorie actuelle sur l'objet du droit de préférence.

CHAPITRE I. — Survie du droit de préférence dans l'hypothèque. L'imprécision de la notion hypothécaire cause de nombreuses controverses .	164
--	------------

1 ^o En cas de purge des hypothèques conventionnelles.	165
2 ^o En cas de purge des hypothèques légales	168
3 ^o En cas de renonciation de la femme à son hypothèque légale.	170
CHAPITRE II. — Attribution aux créanciers hypothécaires de certaines indemnités.	178
Section I. — Attribution des indemnités d'assurances avant la loi du 19 février 1889.	186
§ 1. — <i>Du transport-cession de l'indemnité d'assurance au profit des créances hypothécaires.</i>	188
§ 2. — <i>Assurance par le créancier de son droit d'hypothèque</i>	199
Section II. — Attribution des indemnités d'assurances d'après la loi du 19 février 1889.	203
§ 1. — <i>Règles d'attribution fixées par la loi</i>	209
A). Indemnités prévues.	209
B). Créances bénéficiaires.	217
C). Règles de paiement	223
§ 2. — <i>Nature de l'attribution.</i>	228
A). Diverses théories émises à cet égard	228
B). Comparaison du droit actuel des créanciers sur les indemnités et du droit des créanciers romains sur le prix	239
§ 3. — <i>Critique de la loi.</i>	243
RÉSUMÉ et CONCLUSION	257

ST-AMAND, CHER. — IMPRIMERIE SCIENTIFIQUE ET LITTÉRAIRE, BUSSIÈRE FRÈRES.
